

中国法院
2014年度案例

国家法官学院案例开发研究中心◎编

借款担保纠纷

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

简便易用　权威实用

汇集全国各地法院最新审结的典型案例，分卷分类编排

高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点，剔除无效信息

主审法官撰写“法官后语”，展现法律适用方法和裁判思路

不论您是法官、律师，还是案件当事人，本书力争最大限度地为您节约查找和阅读案例的时间，使您获得真正有用的信息。


上架建议　借款担保·司法案例

ISBN 978-7-5093-5103-1

9 787509 351031 >

定 价: 42.00元



中国法院
2014年度案例

国家法官学院案例开发研究中心◎编

借款担保纠纷

《中国法院年度案例》编辑人员（按姓氏笔画）

边疆戈　关　毅　刘　畅　苏　烽　孟　军

罗胜华　赵丽敏　唐世银　曹士兵　曹海荣

梁　欣　温培英　程　瑛

本书编审人员：曹海荣

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

中国法院2014年度案例．借款担保纠纷/国家法官学院案例开发研究中心编．—北京：中国法制出版社，2014.3

ISBN 978－7－5093－5103－1

Ⅰ.①中…　Ⅱ.①国…　Ⅲ.①借贷－经济纠纷－案例－中国②担保－经济纠纷－案例－中国　Ⅳ.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2014）第014372号

策划编辑：李小草（lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑：李小草、马莉　　　　封面设计：温培英、李宁

中国法院2014年度案例·借款担保纠纷

ZHONGGUO FAYUAN 2014 NIANDU ANLI · JIEKUAN DANBAO JIUFEN

编者/国家法官学院案例开发研究中心

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730×1030毫米　16　　　　印张/14.25　字数/197千

版次/2014年4月第1版　　　　2014年4月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978－7－5093－5103－1　　　　定价：42.00元

北京西单横二条2号　　　　值班电话：66026508

邮政编码100031　　　　传真：66031119

网址：http：//www.zgfzs.com　　　　**编辑部电话：66072711**

市场营销部电话：66033393　　　　**邮购部电话：66033288**

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010－66032926）

《中国法院年度案例》通讯编辑名单

张农荣 北京市高级人民法院
刘晓虹 北京市高级人民法院
戚庚生 江苏省高级人民法院
程　浩 江苏省高级人民法院
王　成 江苏省高级人民法院
沈　杨 江苏省南通市中级人民法院
周耀明 江苏省无锡市中级人民法院
李相如 福建省高级人民法院
李春敏 福建省高级人民法院
张本勇 上海市高级人民法院
黄玉霞 广东省高级人民法院
贺利研 广西壮族自治区高级人民法院
谢　丹 四川省高级人民法院
王　磊 山东省高级人民法院
余跃武 安徽省高级人民法院
庞　梅 安徽省高级人民法院
自　宁 云南省高级人民法院
冯丽萍 云南省昆明市中级人民法院
陈飞霞 重庆市高级人民法院
张纵华 浙江省高级人民法院
赵　婳 辽宁省高级人民法院
刘洪颖 吉林省高级人民法院
刘东海 黑龙江省高级人民法院
宋雪敏 河北省高级人民法院
马　磊 河南省高级人民法院
李治国 湖北省高级人民法院
黄金波 湖北省宜昌市中级人民法院
唐　竞 湖南省高级人民法院
马云跃 山西省高级人民法院
李周伟 海南省高级人民法院
白云飞 天津市高级人民法院
官　却 青海省高级人民法院
石　燕 新疆维吾尔自治区高级人民法院

序

《中国法院年度案例》丛书，是国家法官学院于2012年开始编辑出版的一套大型案例丛书，以后每年初定期出版，由国家法官学院案例开发研究中心具体承担编辑工作。此前，该中心已经坚持20年不辍连续编辑出版了《中国审判案例要览》丛书，凡80卷，分中文版和英文版在海内外发行，颇有口碑，享有赞誉。现在该中心又编辑出版《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。该丛书2012及2013年出版以后，受到读者的广泛好评，并迅速售罄，国家法官学院案例开发研究中心及时编撰推出《中国法院2014年度案例》系列。为响应读者需求，2014年度新增3个分册：金融纠纷、行政纠纷、刑事案例。

总的说来，当前市面的案例丛书大多"不好读"，存在篇幅长、无效信息多、案例情节杂、缺乏深加工等不足。《中国法院年度案例》丛书试图把案例书籍变得"好读有用"，故在编辑中坚持以下方法：一是高度提炼案例内容，控制案例篇幅，每个案例基本在3000字以内；二是突出争议焦点，削除无效信息，尽可能在有限篇幅内为读者提供有效、有益的信息；三是注重对案件裁判文书的再加工，大多数案例由案件的主审法官撰写"法官后语"，高度提炼、总结案例的指导价值。

同时，本丛书还有以下特色：一是信息量大。国家法官学院案例开发研究中心平均每年从全国各地法院收集到的上一年度审结的典型案例超过10000件，《中国法院年度案例》有广泛的选编基础，可提供给读者新近发生的全国各地的代表性案例。二是方便检索。为节约读者选取案例的时间，丛书分卷细化，每卷下还将案例分类编排，每个案例用一句话概括焦点问题作为主标题，让读者一目了然，迅速发现需要的案例。

总之，编辑《中国法院年度案例》就是为了让案例类书籍简便、易用，这既是

本丛书的特点，也是编辑出版这套丛书的理由。当然，案例作者和编辑在编写过程中也不能一步到位实现最初的编写愿望，可能会存在各种不足，甚至错误，欢迎读者批评指正，我们愿意承担责任，并不断改进。

在信息社会，流行快餐文化，纸质类媒介往往输给数字化媒介。在此情景下，中国法制出版社全力支持《中国法院年度案例》的出版，给了作者和编辑们巨大的鼓励。我们在此谨表谢忱，并希望通过共同努力，逐步完善、做得更好，真正探索出一条编辑案例书籍的新路，更好地服务于学习、研究法律的读者，服务于社会，服务于国家的法治建设。

中国法院2012、2013年度案例系列

国家法官学院案例开发研究中心　编

简便易用、权威实用——打造“好读有用”的案例

1. 权威的作者：国家法官学院案例开发研究中心持续20年编辑了享誉海内外的《中国审判案例要览》丛书，2012年起推出《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。

2. 强大的规模：2012、2013年各推出15本，含传统和新近的所有热点纠纷，所有案例均是从全国各地法院收集到的上一年度审结的近万件典型案例中挑选出来的，具有广泛的选编基础和较强的代表性。

3. 独特的内容：不再有繁杂的案情，高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点问题。不再有冗长的分析，主审法官撰写“法官后语”，展现裁判思路方法。

中国法院2012年度案例系列

中国法院2013年度案例系列

1. 婚姻家庭与继承纠纷
2. 物权纠纷
3. 土地纠纷（含林地纠纷）
4. 房屋买卖合同纠纷
5. 合同纠纷
6. 买卖合同纠纷
7. 借款担保纠纷
8. 民间借贷纠纷
9. 侵权赔偿纠纷
10. 道路交通纠纷
11. 雇员受害赔偿纠纷（含帮工受害纠纷）
12. 人格权纠纷（含生命、健康、身体、姓名、肖像、名誉权纠纷）
13. 劳动纠纷（含社会保险纠纷）
14. 公司纠纷
15. 保险纠纷





最高人民法院指导性案例理解与适用系列

最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用系列	书号	定价
担保卷	978－7－5093－2973－3	98 元
公司卷	978－7－5093－3476－8	128 元
合同卷一（合同原则、履行、解除、违约责任）	978－7－5093－3806－3	98 元
合同卷二（合同订立、效力、解释、变更与转让、时效、管辖）	978－7－5093－3805－6	98 元
劳动争议卷	978－7－5093－4395－1	58 元
婚姻家庭卷	978－7－5093－4394－4	50 元
房地产卷	978－7－5093－4393－7	98 元

最高人民法院知识产权系列图书

书　名	书号	定价
最高人民法院知识产权审判案例指导（第一辑）	978－7－5093－1894－2	48 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第二辑）	978－7－5093－1895－9	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第三辑）	978－7－5093－2804－0	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第四辑）	978－7－5093－3692－2	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第五辑）	978－7－5093－4556－6	88 元
中国知识产权指导案例评注（上下卷）	978－7－5093－2591－9	188 元
中国知识产权指导案例评注（第三辑）	978－7－5093－3279－5	98 元
中国知识产权指导案例评注（第四辑）	978－7－5093－4396－8	98 元
最高人民法院知识产权司法解释理解与适用	978－7－5093－3603－8	58 元
商业秘密司法保护实务	978－7－5093－3422－5	98 元
商标法适用的基本问题	978－7－5093－3970－1	68 元
知识产权法律适用的基本问题	978－7－5093－4207－7	168 元
知识产权保护的新思维	978－7－5093－4738－6	98 元

最高人民法院商事审判指导案例系列

最高人民法院商事审判指导案例系列丛书	书号	定价
1. 合同卷（上下）	978－7－5093－2443－1	168.00
2. 借款担保卷（上下）	978－7－5093－2440－0	188.00
3. 公司卷	978－7－5093－2444－8	98.00
4. 金融卷	978－7－5093－2449－3	88.00
5. 第五卷（上下）	978－7－5093－2803－3	168.00
6. 合同与借贷担保卷	978－7－5093－4029－5	98.00
7. 公司与金融卷	978－7－5093－4028－8	128.00

目　录

Contents

一、借款合同

1. 企业间借贷行为效力的认定 …… 1
——浙江木玩世家玩具有限公司诉云和县艺发工艺厂企业借贷案

2. 非金融机构之间借贷的性质 …… 5
——鄄城县人民政府诉山东慧泽机械制造有限公司借款合同案

3. 名为投资，实为企业间借款合同的效力认定 …… 9
——武平县天信信用融资担保有限公司诉武平县大华贸易有限公司等借款合同案

4. 乡镇企业注销后，其借贷如何归还 …… 15
——广东省燃料公司诉仁化县董塘镇人民政府、仁化县董塘镇乡镇企业管理办公室企业借贷案

5. 夫妻共同债务的认定问题 …… 18
——中国农业银行股份有限公司南安支行诉李某等借款合同案

6. 婚前借款是否构成夫妻共同债务的认定 …… 22
——马某诉米某、盖某民间借贷案

7. 借款前明确告知出借人自己不承担清偿责任的夫妻一方对另一方个人债务不承担责任 …… 24
——廉某诉刘某、王某追偿权案

8. 假按揭借款合同中借款人的还款责任 …… 27
——华夏银行股份有限公司北京长安支行诉李欣、北京恒昌房地产开发有限公司借款合同案

9. 免责的债务承担与并存的债务承担的司法判断 …… 30
——国营江阴市稻麦原种场诉江阴市滨江色织厂等借款合同案

10. 合同效力与公证效力的认定 …… 34
——刘洪君诉邹忠祥、刘梅民间借贷案

11. 关于借款合同纠纷中逾期还款利息的认定 …… 37
——大庆市正大福万家蛋鸡养殖专业合作社诉范德龙借款合同案

12. 合同连带责任不因当事人不知情而解除 …… 39
——中国邮政储蓄银行有限责任公司东阿县支行诉娄玉英等借款合同案

13. 被继承人死亡后，一方以借款关系为由要求继承人偿还借款应认定为被继承人债务清偿纠纷还是借款合同纠纷 …… 42
——郑某诉刘某等借款合同案

14. 公司应当对加盖公章的行为承担法律责任 …… 46
——裴兆瑞诉张作祥等民间借贷案

15. 以《借条》为依据起诉的法律关系的认定问题 …… 49
——陈国云诉严海金、广州市汇一粉末冶金制品有限公司民间借贷案

16. 法人单位出具的违反内部规定的借条是否有效 …… 53
——谭某诉茂名市第五中学民间借贷案

17. 欠据是否等于欠款 …… 56
——王洪亮诉苗梅民间借贷案

18. 收条并不具有证明借款已交付的当然证明力 …… 60
——金文泉诉陈才根等民间借贷案

19. 小额借款与其他法律关系的甄别 …… 63
——林雄诉刘存茂民间借贷案

20. 无境外就业中介资质公司与他人签订借款合同的处理 …… 65
——中科投资有限公司诉陈四超、刘珍姣借款合同案

21. 如何确定涉外民事案件的准据法 …… 69
——唐某诉唐甲民间借贷案

22. 涉港债权转让仍需履行通知债务人义务 …… 73
——佛山市顺德区东骏投资诉中国银行股份有限公司佛山高明支行借款担保合同案

23. 在送达《借款催收通知书》的收件上签字是否视为在催收到期贷款通知单上签字 …… 77
——岳池县农村信用合作联社诉屈国成借款合同案

24. 轮候执行同一财产并不会损害先申请执行人的利益 …… 79
——广东卓伟经济发展有限公司申请执行广州市华纳房地产开发有限公司等借款合同案

25. 金融不良债权转让诉讼时效中断的认定 …… 82
——徐桂秋诉大连春柳副食品公司、大连民勇集团股份有限公司借款合同案

二、保证

26. 国家机关担保致担保合同无效如何承担责任 …… 86
——连云港市晶都咨询担保有限公司诉东海县山左口乡人民政府等担保追偿案

27. 担保人追偿权的范围 …… 89
——黄仙武诉何竟捷追偿权案

28. 如何认定风险保障金的性质 …… 91
——东莞市百川融资担保有限公司诉李群仲、何敏担保追偿权案

29. 实际履行了担保义务但并非合同签约相对方的当事人主张权利，是否应受合同中“仲裁条款”的约束 …… 96
——四川都江堰市伟达有限公司诉四川都江堰供电有限责任公司保证合同案

30. 借新还旧情形下保证人的保证责任 …… 99
——陆河县农村信用合作联社诉庄丽丽、张业远借款合同案

31. 债务人死亡，担保人在承担保证责任后该如何保障自己合法权益 …………… 101
——宋某诉夏某、吕某追偿权案

32. 拍卖中不担保声明的免责效力 …………………………………………… 104
——陈江科、陈进滨诉中国人寿保险股份有限公司厦门市分公司、北京嘉禾国际拍卖有限公司拍卖合同案

33. 担保责任是否履行完毕的认定 …………………………………………… 108
——莱芜市鲁钢金属有限公司诉李传亮担保追偿权案

34. 联保小组成员之间的保证责任 …………………………………………… 111
——中国农业银行股份有限公司罗定市支行诉林淼光等金融借款合同案

35. 如何界定共同保证人保证责任的免除 …………………………………… 114
——韩伟诉张婧轶保证合同案

36. 法院对保证期间是否届满应主动审查 …………………………………… 118
——高青县农村信用合作联社诉田永民等金融借款合同案

37. 保证期间内设定条件无法完成，保证期间是否随设定条件无限延长 ……… 121
——中国建设银行股份有限公司韶关市分行诉植高明、韶关市曲江区兆康房地产开发有限公司借款合同案

38. 保证期间转换为诉讼时效的计算起点及诉讼时效过后对保证人主张保证债务的行为对保证人没有法律约束力 …………………………………… 124
——中国信达资产管理股份有限公司广东省分公司诉被告连山壮族瑶族自治县水务局、广东电网清远连山供电局借款合同案

39. 连带保证担保的时效问题 ………………………………………………… 127
——广东南海农村商业银行股份有限公司大沥支行诉佛山市南海顺成铝制品有限公司、佛山市南海区大沥经济发展总公司金融借款合同案

40. 公安机关对主债务人的刑事立案侦查是否引起保证债务诉讼时效中断 …… 130
——柳州市厚望贸易有限责任公司诉宁某等借款合同案

41. 当事人互负到期债务可以抵销 …………………………………………… 134
——谭孟勇诉段进红保证合同案

42. 债务到期后出具保证书的法律性质认定 …… 136
——彭某诉王某民间借贷案

三、抵押

43. 借款人在其所有的抵押物上为保证人设定第二顺位担保物权作为反担保的，保证人可以申请实现担保物权 …… 142
——台州市和信担保投资有限公司申请实现担保物权案

44. 未能办理正式抵押登记手续，抵押权预告登记是否失效 …… 144
——中国银行股份有限公司温州市瓯海区支行诉胡静等金融借款合同案

45. 借款合同中已明确约定适用具体担保合同是否等于排除适用其他担保合同 …… 148
——中国建设银行股份有限公司永嘉支行诉特尔阀门有限公司等金融借款合同案

46. 保证担保与抵押担保并存时的责任承担 …… 151
——中国工商银行股份有限公司云浮分行诉云安县恒盈石业有限公司等金融借款合同案

47. 抵押合同未办理抵押登记的法律后果 …… 155
——云浮市云城区农村信用合作联社诉刘柱娇等金融借款合同案

48. 将需补交土地出让金的房屋设定抵押，抵押是否有效 …… 158
——中国农业银行股份有限公司韶关复兴支行诉蒋玉东金融借款合同案

49. 借款人在签订抵押合同时存在欺诈行为，担保人是否有权申请确认借款合同无效 …… 161
——中国建设银行股份有限公司临沂分行诉孙某等金融借款合同案

50. 主债权丧失国家强制执行力时，抵押权是否消灭 …… 164
——石山等诉上林县农村信用合作联社抵押合同案

51. 特定抵押物与普通债权并存涉及的执行异议问题 …… 167
——陈友勇、北京城乡建设集团有限责任公司、广东粤财投资控股有限公司、北京盛和发房地产开发有限公司案外人执行异议案

52. 善意取得担保物权的证明责任分配 …………………………………… 171
——潘涛诉中国民生银行股份有限公司总行营业部、苑金华担保物权案

53. 在赃物之上设定的抵押权不能适用善意取得制度 ……………………… 175
——中国工商银行股份有限公司北京新街口支行诉顾某金融借款合同案

54. 银行在不动产抵押权设立中的审查义务 ……………………………… 178
——深圳发展银行股份有限公司广州水荫支行诉梁乙等借款合同案

55. 不动产赠与是否生效、抵押权是否适用善意取得的认定 …………… 186
——中国农业银行股份有限公司陆川县支行诉何某等金融借款合同案

56. 动产抵押登记对抗效力的若干法律适用问题 ………………………… 191
——中国农业银行股份有限公司南海分行诉吕铭全、周洁英金融借款合同案

57. 最高额抵押主合同债权转让是否无效 ………………………………… 194
——广东南龙实业集团有限公司诉曾繁灵借款合同案

58. 抵押权的实现须符合法定条件 ………………………………………… 197
——中国农业银行股份有限公司巴彦支行诉黑龙江省巴彦油脂有限责任公司金融借款合同案

四、质押

59. 股权未办理质押登记的质押权利未设立 ……………………………… 202
——成都宏明电子股份有限公司诉成都贝海商贸发展公司、刘跃龙担保追偿权案

60. 动产质权的成立及善意取得 …………………………………………… 205
——中信银行股份有限公司东莞分行诉东莞市定佳针织服装有限公司等金融借款合同案

61. 保理合同中的质押行为是否有效 ……………………………………… 210
——中国工商银行股份有限公司北京石景山支行诉北京银丛之路服装销售有限公司、李叶洪金融借款合同案

62. 质押担保合同中关于作价抵债的约定是否有效 ……………………… 213
——梁新诉肖海芳民间借贷案

一、借款合同

1

企业间借贷行为效力的认定

——浙江木玩世家玩具有限公司诉云和县艺发工艺厂企业借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省丽水市云和县人民法院（2012）丽云商初字第243号民事判决书

2. 案由：企业借贷纠纷

3. 当事人

原告：浙江木玩世家玩具有限公司

被告：云和县艺发工艺厂

【基本案情】

被告云和县艺发工艺厂负责人汤克引，系原告浙江木玩世家玩具有限公司股东之一。2007年10月23日被告以资金周转为由向原告借款400000元。当日，原告将400000元借款汇入了被告指定的云和县艺发工艺厂在元和农村信用社开立的帐户内。2011年12月5日，浙江木玩世家玩具有限公司召开股东会议，原告法定代表人何彬与被告负责人汤克引达成"12月30日上午艺发将40万借款归还木玩世家"的约定。但约定的期限届满后，被告云和县艺发工艺厂未归还上述借款。

【案件焦点】

双方借贷关系是否有效；原告是否有权要求被告支付利息。

【法院裁判要旨】

浙江省丽水市云和县人民法院经审理认为：合法的借款关系受法律保护，被告云和县艺发工艺厂因企业生产资金周转向原告借款，原告亦将借款款项实际汇入被告的帐户，原、被告之间的借贷关系成立并生效。由于该借贷行为系原、被告双方自愿行为，且无违反法律、行政法规强制性规定，可认定为有效。被告借款后，原、被告双方负责人通过召开股东会议以决议的形式对被告的借款作出还款约定，并经被告云和县艺发工艺厂负责人签字认可，被告应按约定的期限返还借款。对于原告主张要求被告支付借款利息的诉求，因证据不足，依法不予支持。

浙江省丽水市云和县人民法院依照《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条，第二百零六条之规定，作出如下判决：

一、被告云和县艺发工艺厂于本判决生效之日起五日内归还原告浙江木玩世家玩具有限公司借款400000元；

二、驳回原告浙江木玩世家玩具有限公司其他诉讼请求。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费7300元，减半收取3650元，由被告云和县艺发工艺厂负担。

【法官后语】

为快速融资，在生产经营过程中，企业往往直接与其他企业发生借款业务，企业间借贷行为已然普遍存在，但是就其效力问题，却存在着较大争议。这主要与《合同法》施行以后，对于无效合同的认定，与之前的司法解释及金融规章之间存在冲突有关。因此，审判实践中因企业间借贷行为产生的纠纷应当如何处理，是我们需要面对的问题。本案即属典型的企业间借贷案件。

本案原、被告双方对400000元借款均无异议，争议焦点主要是对于企业借贷合同的效力认定问题，即企业借贷行为（借贷合同）有效还是无效？

1996年9月23日《最高人民法院关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》规定："企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同。"司法解释中所指的"有关金融法规"，即《贷款通则》。由此，司法实务中对企业间借款合同多否定其效力，即认为企业间借款合同不合法，应归于无效。然而

企业间借款合同属于合同行为，认定合同是否有效，应当根据《合同法》的规定予以认定。1999 年 10 月 1 日开始实施的《合同法》第五十二条规定“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”依据该规定，并不能当然地认定企业间借款合同属于无效合同，关于企业之间借贷行为的效力在法律界存在较大争议，本案中所涉企业借贷合同的效力，也存在两种意见。

第一种意见认为，本案借款合同归于无效。1996 年中国人民银行颁布的《贷款通则》第二十一条规定：“贷款人必须经中国人民银行批准经营贷款业务，持有中国人民银行颁发的《金融机构法人许可证》，并经工商行政管理部门核准登记。”第六十一条规定：“各级行政部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务。”倘若企业间借款行为认定有效，易导致金融秩序混乱，部分企业工作人员以企业名义借款至其他企业，损害企业其他股东、投资人利益，同时，这也是法院在实务中较为普遍的做法。

第二种意见认为，对于该案可作有效处理。首先，从法理层面分析，由于企业间借款合同属于合同行为，对于认定合同是否有效应依据《合同法》的规定予以认定。《合同法》第五十二条对合同无效作了规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”第（一）项和第（三）项对企业间借款合同不能适用，而第（二）项和第（四）项，是否恶意串通、是否损害公共利益，在实践中都是很难认定的，而且从整个经济发展范围考察，企业间借贷资金后，能够进一步发展，增加社会财富，提高全民收入，因此无论是国家利益还是公共利益都没有受到损害。最后只有第（五）项规定可以适用，但目前为止并无任何法律或行政法规对企业间借款合同作出规定，虽然《贷款通则》有类似规定，但是《贷款通则》属于行政规章，而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第四条规定：“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为

依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”而《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》这一行政规章所列的行为不包含企业借贷行为，因此，从现行的法律和行政法规中并不能当然地认定企业间借款合同属于无效合同。其次，从政策层面分析，对于企业借贷行为效力的认定有一个从一律无效到逐步缓和的过程。特别是金融危机爆发，很多企业资金链出现问题，企业经营出现困难，对于企业之间借贷的司法理念出现了一些变化。2008年7月，浙江省高级人民法院召开的全省法院商事审判例会，其主题是充分发挥商事审判职能作用，为金融改革发展和经济保稳促调提供优质高效的法律服务和司法保障，会议研讨了企业之间借款合同等金融纠纷案件的审判实务问题，达成若干共识，并形成纪要，其中关于企业之间借款合同纠纷案件达成如下共识：在最高法院出台明确意见之前，对于企业之间借款纠纷案件的处理，按以下原则把握：(1) 企业之间借款合同所形成的合法债权关系，受法律保护。实体处理时应判令债务人归还本金并赔偿相应的银行利息损失。至于相应的银行利息损失的范围，应不高于同期贷款基准利率水平，具体根据个案情况裁量。(2) 企业之间借款合同当事人不存在其他违法情形的，人民法院可不再适用民事制裁措施。最高法院终审的一些企业之间借款合同纠纷案件，也没有主动适用追缴利息的民事制裁措施。(3) 这里的企业之间借款合同，不包括非法集资等非法金融业务活动。一些担保、投资、咨询等机构涉足资金拆借活动，如果构成从事非法金融业务活动的，适用国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》的规定。另外，上市公司对外借款受到《证券法》的规制，应适用《证券法》的规定。同时，2010年5月27日浙江省高级人民法院制定的《关于为中小企业创业创新发展提供司法保障的指导意见》（浙商法发（2010）4号）第三条中提到“企业之间自有资金的临时调剂行为，可不作无效借款合同处理”。以上意见及会议纪要的内容，均反映了当前我省司法领域对企业间借款行为效力认定的态度。

我们同意第二种观点，即认为原被告双方的借款合同有效。被告云和县艺发工艺厂因企业生产资金周转向原告借款，原告亦将借款款项实际汇入被告的帐户，原、被告之间的借贷关系成立并生效。该借贷行为系原、被告双方自愿行为，且无违反法律、行政法规强制性规定，可认定为有效。

除上述理由外，本案中，被告借款后，原、被告双方负责人召开股东会议，以决议的形式对被告的借款作出还款约定，并经被告云和县艺发工艺厂负责人签字认

可，亦是对借款行为有效的补充理由。2006年1月1日生效的《公司法》的第一百四十九条规定："董事、高级管理人员不得有下列行为：……（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人……"从该强制性规定，我们可以得出这样一个结论，公司可以在不违反公司章程的情况下，将公司资金借贷给他人。其中的"他人"，我们认为在没有限制解释的前提下，一般解释为包括自然人、法人以及其他组织。那么根据该法律条款，公司董事、高级管理人员在不违法公司章程的规定的情况下，经公司股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给其他公司或企业，可认定为合法有效。本案中，尽管原、被告双方负责人召开股东会议在借款行为之后，但经被告云和县艺发工艺厂负责人签字认可，可作为事后的追认行为，并不影响双方借款行为的效力。

编写人：浙江省丽水市云和县人民法院　杨飞挺　朱刘上

2

非金融机构之间借贷的性质

——鄄城县人民政府诉山东慧泽机械制造有限公司借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省菏泽市中级人民法院（2012）菏商初字第16号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告：鄄城县人民政府

被告：山东慧泽机械制造有限公司（以下简称慧泽公司）

【基本案情】

2009年4月13日，鄄城县人民政府与君陶公司签订合作合同书一份，约定君陶公司在鄄城县经济开发区投资成立慧泽公司，鄄城县人民政府将一宗土地出让给

慧泽公司，并负责围墙建设及厂区内“六通一平”。同时该协议还约定了双方的违约责任。

2009年12月16日，鄄城县人民政府与慧泽公司签订借款协议书一份，约定：为了加快慧泽公司项目建设进度，确保该项目在2010年1月1日前投产，鉴于银行融资需要时间，鄄城县人民政府通过新源资产中心借款1500万元给慧泽公司。借款时间为协议签订之日起3个月；利息执行现有国家贷款基准利率的一半（一年短期贷款基准利率为年利率5.31%）；……如果慧泽公司不能到期偿还借款，每超期一天，按借款总额3‰支付罚息。

2009年12月18日，新源资产中心将780万元通过银行汇款的方式转入慧泽公司的账户。同日，慧泽公司向鄄城县人民政府出具借据一张，金额为780万元。2009年12月22日，慧泽公司向鄄城县人民政府出具借据一张，金额为720万元，该借据相附的银行转账支票存根用途记载为“建设款”。庭审中，慧泽公司承认分两次收到新源资产中心的建设款共1500万元。

借款到期后，经鄄城县人民政府多次催要双方达成债务清偿协议书。该清偿协议书约定慧泽公司承诺在慧泽一期土地证及相关手续办完后，7个工作日内将借款本金及利息一次性支付给原告鄄城县人民政府等内容，慧泽公司在该债务清偿协议书上加盖公章。

【案件焦点】

原被告双方之间借款的性质与效力应如何认定，非金融机构之间借贷的利息能否予以保护。

【法院裁判要旨】

山东省菏泽市中级人民法院经审理认为：

一、关于涉案借款的性质，2009年12月16日的借款协议书上写明借款的目的是为了加快慧泽公司项目建设进度，鄄城县人民政府通过新源资产中心借款1500万元给慧泽公司。同时银行的转账凭证和借据所附的支票存根上借款项用途记载为“建设款”，因此该款项应为加快慧泽公司项目的建设借款。慧泽公司辩称应在建成后再据实结算，慧泽公司没有提出有效证据予以证明。故慧泽公司的该项辩称理由本院不予采纳。

二、关于借款协议书的效力。鄄城县人民政府没有金融许可证，不具有从事金融业务的主体资格。故鄄城县人民政府与慧泽公司签订的借款协议违反我国相关金融法律的禁止性规定，依法应认定其借款行为无效。根据《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定，鄄城县人民政府仍有权主张返还借款本金1500万元，慧泽公司应予返还。鄄城县人民政府履行了借款协议的相关义务，慧泽公司未能偿还借款本金及利息。慧泽公司不但因借款协议获取了借款本金，还获取了借款项下的孳息收益。如果由于合同无效而免除慧泽公司支付借款利息的义务，对慧泽公司来讲明显取得了不当利益，显失公平。所以本案借款合同虽然被认定为无效，但仍然存在资金占有期间的利息损失，借款人慧泽公司应对该部分利息损失承担赔偿责任。慧泽公司应按照中国人民银行同期同类贷款利率予以返还，但双方所约定的利率低于中国人民银行同期同类贷款利率。本案借款合同无效，且鄄城县人民政府和慧泽公司对合同无效均存在过错。在合同无效时，对鄄城县人民政府权利的保护不应高于合同有效时的权利保护，故，对慧泽公司占用鄄城县人民政府资金损失可按协议约定的利率计算，即同期同类基准利率一半较为适宜。

依照《中华人民共和国合同法》第五十二条、五十八条、《中华人民共和国民事通则》第一百四十条和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八条，作出如下判决：

一、被告山东慧泽机械制造有限公司返还原告鄄城县人民政府借款本金1500万元及利息（利息计算按照同期同类银行贷款利率一半计算，自2009年12月22日计算至2010年3月15日止，自2010年3月16日至借款还清之日的利息按照同期同类银行贷款利率计算），于判决生效之日起10日内付清；

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

二、驳回原告鄄城县人民政府的其他诉讼请求。

案件受理费121400元，由被告山东慧泽机械制造有限公司负担。

【法官后语】

本案的关键问题在于非金融机构之间借贷的利息法律是否应当予以保护。

中国人民银行颁布的《贷款通则》和国务院《关于当前经济情况和加强宏观

调控的意见》规定了“严禁非金融机构参与资金拆借”。原告鄄城县人民政府作为一方政府，其没有金融许可证，不具有从事金融业务的主体资格。原告鄄城县人民政府和被告慧泽公司之间的借贷行为违反了我国相关金融法律的禁止性规定，依法应认定其借款行为无效。借款行为无效，借款合同约定的利息条款和违约金条款自然无效，对利息法院是否应当保护？

根据《合同法》第五十八条的规定：合同无效或被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还。原告鄄城县人民政府仍有权主张返还借款本金1500万元，被告慧泽公司应予返还。原告鄄城县人民政府履行了借款协议的相关义务，而被告慧泽公司未能偿还借款本金及利息。被告慧泽公司不但因借款协议获取了借款本金，还获取了借款项下的孳息收益。如果由于合同无效而免除被告慧泽公司支付借款利息的义务，对被告慧泽公司来讲明显取得了不当利益，显失公平。所以本案借款合同虽然被认定为无效，但仍然存在资金占有期间的利息损失，借款人被告慧泽公司应对该部分利息损失承担赔偿责任。

在本案中被告慧泽公司应按照中国人民银行同期同类贷款利率予以返还，但双方所约定的利率低于中国人民银行同期同类贷款利率。本案借款合同无效，且原告鄄城县人民政府和被告慧泽公司对合同无效均存在过错。在合同无效时，对原告鄄城县人民政府权利的保护不应高于合同有效时的权利保护，所以对被告慧泽公司占用原告鄄城县人民政府资金损失可按协议约定的利率计算，即同期同类基准利率一半较为适宜。

编写人：山东省菏泽市中级人民法院　徐峥

3

名为投资，实为企业间借款合同的效力认定

——武平县天信信用融资担保有限公司诉武平县大华贸易有限公司等借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省龙岩市中级人民法院（2012）岩民终字第122号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：武平县天信信用融资担保有限公司（以下简称天信公司）

被告（上诉人）：钟裕洪

被告：武平县大华贸易有限公司（以下简称大华公司）、李三连、钟大华、刘秀招

【基本案情】

2010年4月6日，被告大华公司向原告申请短期投资190万元，并向原告出具书面《投资报告》，承诺固定投资税后收益率按月1.5%计算投资收益，期限3个月，并用被告大华公司在原告处的股份100万元及被告钟裕洪所有的位于武平县平川镇南门段武房证字第2995号、武国用（1997）第0165号房地产提供履约保证，被告钟大华、钟裕洪在该《投资报告》的投资履约保证人意见栏签名。2010年4月9日，原告依被告大华公司的申请，通过银行转帐支付了160万元的投资款给被告大华公司。

2010年6月12日，被告大华公司又向原告申请短期投资150万元，期限一个月，承诺固定投资税后收益按月1.5%收益率计算，用被告钟大华、刘秀招（钟大华之妻）所有的位于武平县平川镇红东村船尾坑店面（武房权证2010年字第00630号、00631号房屋所有权证）提供履约保证，并由被告钟大华、刘秀招书面

承诺，被告大华公司若到期未归还投资款及支付投资回报款时，由原告处置被告钟大华、刘秀招提供的抵押资产偿还，不足部分由被告钟大华、刘秀招按照连带责任保证承担保证责任。2010年6月17日，原告依被告大华公司的申请，通过银行转帐支付了150万元的投资款给被告大华公司。以上被告大华公司向原告申请短期投资合计310万元，逾期至今未还。

被告钟大华、刘秀招、钟裕洪、李三连（钟裕洪之妻）提供的上述履约保证房地产，其中，武房权证2010字第00630号店面于2011年1月28日已抵押给吴晓琳；武房权证2010字第00631号店面于2010年12月已抵押给中国民生银行股份有限公司厦门分行；武城2995号房屋于2010年11月2日已抵押给蔡添明。

另查明，被告大华公司于2007年4月10日，经武平县工商行政管理局登记成立自然人投资的有限责任公司，注册资本215万元，其中股东为本案被告钟大华持股比例80%、被告刘秀招持股比例20%。

【案件焦点】

1. 天信公司与大华公司、钟大华、刘秀招、钟裕洪、李三连借款合同效力如何认定；2. 借款合同无效，保证人的责任性质、责任限额应如何认定。

【法院裁判要旨】

福建省武平县人民法院经审理认为：被告大华公司申请要求原告天信公司对其投资，原告天信公司与被告大华公司明确约定投资回报收益率按月1.5%计算，该行为明为投资，实为企业间借款合同关系，而企业借款合同违反有关金融法规的禁止性规定，属无效合同。被告大华公司基于无效合同而取得的借款本金应返还给原告天信公司。被告钟大华、刘秀招对被告大华公司向原告天信公司借款310万元，明确同意提供连带责任保证担保；被告钟裕洪对被告大华公司向原告天信公司借款150万元，亦明确同意提供保证担保，据此，被告钟大华、刘秀招、钟裕洪与原告天信公司成立保证合同关系。因主合同无效，担保合同亦无效，但被告钟大华、刘秀招、钟裕洪就被告大华公司与原告天信公司之间的非法借贷提供保证担保，具有过错，应根据其过错承担相应的民事责任。依据查明的事实，原告天信公司要求被告大华公司归还借款本金310万元的诉讼请求，应予支持；被告大华公司已实际占用了原告天信公司资金，应支付占用期间按银行规定同期贷款基准利率计算的利息

给原告天信公司。原告天信公司要求被告钟大华、刘秀招、钟裕洪承担连带清偿责任的诉讼请求，部分合法，本院对合法部分予以支持。被告李三连未在《投资报告》上签名，其提供保证担保的意思表示不真实，原告天信公司要求其承担连带清偿责任的诉讼请求，本院不予支持。据此，依据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项、第五十八条，《中华人民共和国担保法》第五条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条之规定，作出如下判决：

一、被告武平县大华贸易有限公司应于本判决生效之日起十日内返还原告武平县天信信用融资担保有限公司借款本金310万元及其利息（利息分别以借款本金160万元从2010年4月7日起、借款本金150万元从2010年6月18日起至本判决确认给付之日止按银行同期贷款基准利率计算）；

二、被告武平县大华贸易有限公司不能清偿原告武平县天信信用融资担保有限公司借款本金310万元及其利息时，被告钟大华、刘秀招应对不能清偿部分的三分之一承担连带赔偿责任；

三、被告武平县大华贸易有限公司不能清偿原告武平县天信信用融资担保有限公司借款本金150万元及其利息时，被告钟裕洪应对不能清偿部分的三分之一承担连带赔偿责任；

四、驳回原告武平县天信信用融资担保有限公司的其他诉讼请求。

钟裕洪持原审意见提起上诉。

福建省龙岩市中级人民法院经审理认为：被上诉人虽系以向原审被告大华贸易公司投资的名义，向原审被告大华贸易公司支付了310万元投资款，但其不参加共同经营，也不承担风险责任，其仅是按月收取1.5%的投资收益，被上诉人与原审被告大华贸易公司合同行为名为投资，实为借贷，根据《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是名为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效。除本金可以返还外，对出资方已经取得或者约定取得的利息应予收缴，对另一方则应处以相当于银行利息的罚款。”《最高人民法院关于调整司法解释等文件中引用〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文序号的决定》第四十六条“最高人民法院《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理

的批复》（法复〔1996〕5号）调整为：‘企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同。对于合同期限届满后，借款方逾期不归还本金，当事人起诉到人民法院的，人民法院除应按照最高人民法院法（经）发〔1990〕27号《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项的有关规定判决外，对自双方当事人约定的还款期满之日起，至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息，应当收缴，该利息按借贷双方原约定的利率计算，如果双方当事人对借款利息未约定，按同期银行贷款利率计算。借款人未按判决确定的期限归还本金的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条的规定加倍支付迟延履行期间的利息。’”的规定，被上诉人未持有金融业务许可证，不属于金融机构，不得办理贷款业务，其与原审被告大华贸易公司之间的借款行为，违反国家金融管理法规，应认定无效，无效的民事行为自行为开始起就没有法律约束力，原审被告大华贸易公司基于无效合同而取得的借款本金310万元，应当返还给被上诉人；对于双方约定的利息处理，除对双方当事人在合同中约定的使用期内的利息收缴外，还应对自双方当事人约定的还款期满之日起，至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息，予以收缴。因此，对于被上诉人要求原审被告大华贸易公司支付利息的诉讼请求，本院不予支持。

由于原审被告大华贸易公司与被上诉人之间的借款合同无效，根据《中华人民共和国担保法》第五条的规定，作为从合同的担保合同亦为无效。上诉人明知本案借贷双方均为非金融机构，仍为双方的借贷行为提供担保，其对担保合同的无效负有过错，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条的规定，上诉人和原审被告钟大华作为担保人承担民事责任的份额，应为原审被告大华贸易公司不能清偿被上诉人借款本金160万元部分的三分之一。

综上，原审认定事实清楚，但原审将应由法院追缴的利息（本院已另行制作民事制裁决定书）判归被上诉人，于法无据，本院予以纠正。上诉人应承担的担保责任所指向的应为被上诉人于2010年4月9日向原审被告大华贸易公司支付的160万元借款，原审判决第三项将该担保责任指向被上诉人于2010年6月17日向原审被告大华贸易公司支付的150万元借款，本院一并予以纠正。上诉人的上诉，本院予以部分支持。

福建省龙岩市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、第一百五十三条第一款第（二）、（三）项、《最高人民法院关于审理联营合同

纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项、《最高人民法院关于调整司法解释等文件中引用〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文序号的决定》第四十六条之规定，作出如下判决：

一、变更福建省武平县人民法院（2011）武民初字第285号民事判决第一项为：原审被告大华贸易公司应于判决生效之日起十日内返还被上诉人天信担保公司借款本金310万元。

二、撤销福建省武平县人民法院（2011）武民初字第285号民事判决第二、三、四项。

三、原审被告大华贸易公司不能清偿被上诉人天信担保公司2010年4月9日支付的借款本金160万元时，上诉人钟裕洪、原审被告钟大华应对不能清偿部分的三分之一承担连带赔偿责任；原审被告大华贸易公司不能清偿被上诉人天信担保公司2010年6月17日支付的借款本金150万元时，原审被告钟大华、刘秀招应对不能清偿部分的三分之一承担连带赔偿责任。

四、驳回被上诉人天信担保公司的其他诉讼请求。

【法官后语】

1. “名为投资，实为企业间借款合同关系”应如何认定、如何处理？

任何投资行为因为收益的不确定性而存在风险，如果收益确定，实质上是提供贷款收取利息，是一种变相的借贷，违背了国家关于企业之间不得借贷的法律规定，属于避法行为，将不存在法律效力。本案天信公司向大华公司提供资金，不参与经营管理也不承担风险，但按月收取固定的利润，名为投资实为借贷，违反了法律规定，合同无效。根据《合同法》的规定，合同无效或被撤销以后，因该合同取得的财产应予以返还。因此大华公司应当返还天信公司的本金310万元。这一点一审与二审法院的观点相同。

而关于310万元所产生的利息应如何处理的问题，一审法院认为，大华公司已实际占用了天信公司资金，应支付占用期间按银行规定同期贷款基准利率计算的利息给天信公司，这种说法并没有法律依据。二审法院认为，对于双方约定的利息处理，除对双方当事人在合同中约定的使用期内的利息收缴外，还应对自双方当事人约定的还款期满之日起，至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息，予以

收缴，这种说法符合我国现行法律规定。

《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二款规定：企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是名为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效。除本金可以返还外，对出资方已经取得或者约定取得的利息应予收缴，对另一方则应处以相当于银行利息的罚款。《最高人民法院关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得约定利息人民法院如何裁决问题的解答》规定：对企业之间名为联营、实为借贷的出资方尚未取得的约定利息，人民法院应当依法向借款方收缴。中国人民银行颁布的《贷款通则》第六十一条规定："各级行政部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会，不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或变相借贷融资业务"。企业之间约定固定利润的投资实际上是变相的借贷关系，违反了国家规定企业之间不得办理借贷融资业务的要求，借贷行为无效，资金提供方要求资金接收方分配利润的主张不会获得法院支持，但是，接收方应当承担资金返还的责任。

2. 主合同无效时，保证人的责任性质、责任限额应如何认定？

本案中，二审法院根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条的规定，认定上诉人和原审被告钟大华作为担保人承担民事责任的份额，应为原审被告大华贸易公司不能清偿被上诉人借款本金160万元部分的三分之一，原审被告大华贸易公司不能清偿被上诉人天信担保公司2010年6月17日支付的借款本金150万元时，原审被告钟大华、刘秀招应对不能清偿部分的三分之一承担连带赔偿责任。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条的规定一方面表明保证人是因为自己的过错而要在保证合同已经无效的情况下承担责任，保证人是在为自己的行为负责；另一方面，又认为保证人的过错毕竟不是造成主合同无效的主要原因，不能代人受过，所以其只能承担补充责任，且该补充责任也不能超过债务人不能清偿债务部分的三分之一。

笔者认为，从理论上看，要么认为保证人应当对自己过错所致债权人的损失承担按份责任（无论将该责任的性质界定为缔约过失责任还是侵权责任），要么认为

保证人与债务人应当依据共同侵权行为法理向债权人承担连带赔偿责任，且只有保证人承担的责任超过了自己的份额时才有权向债务人进行追偿。

编写人：福建省龙岩市武平县人民法院　阙美琴　王立音

4

乡镇企业注销后，其借贷如何归还

——广东省燃料公司诉仁化县董塘镇人民政府、仁化县董塘镇乡镇企业管理办公室企业借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省韶关市仁化县人民法院（2012）韶仁法民二初字第11号民事判决书

2. 案由：企业借贷纠纷

3. 当事人

原告：广东省燃料公司

被告：仁化县董塘镇人民政府、仁化县董塘镇乡镇企业管理办公室（以下简称董镇企业办）

【基本案情】

1996年1月31日，仁化县董塘镇企业总公司向广东省燃料公司所属的煤场借款10万元，并立下借据交由广东省燃料公司收执。2001年3月29日，仁化县董塘镇企业总公司注销。2003年12月29日，董塘企业办向广东省燃料公司出具《还款计划书》，确认董塘企业办欠广东省燃料公司借款96000元，通过协商确定了还款计划。2008年12月13日，董塘企业办在2003年出具的还款计划书上注明“还款计划同上”字样，并加盖董塘企业办公章。董塘企业办辩称，从2003年12月29日至2009年3月13日期间，分13次向广东省燃料公司还款共计17000元。原告认为董塘企业办逾期未能还款付息，已构成违约，特向法院提起诉讼，要求两被告连

带偿还欠款96000元及逾期付款违约金114311元。

另查明，根据广东省燃料公司提供的《关于董塘镇企业总公司逾期滞纳金的计算》中显示，截止2011年7月7日，董塘企业办尚欠广东省燃料公司73000元本金未偿还。

【案件焦点】

原乡镇企业总公司的借贷如何归还。

【法院裁判要旨】

广东省仁化县人民法院经审理认为：原仁化县董塘镇企业总公司向广东省燃料公司所属的煤场借款10万元，并立下借据交由原告收执，当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规。根据《最高人民法院关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》"企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同。对于合同期限届满后，借款方逾期不归还本金，当事人起诉到人民法院的，人民法院除应按照最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项的有关规定判决外，对自双方当事人约定的还款期满之日起，至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息，应当收缴"的规定，该借款合同属于无效合同。原仁化县董塘镇企业总公司虽已依法注销，但董塘企业办在2003年12月29日向原告出具《还款计划书》，表示愿意偿还该笔借款，即董塘企业办自愿承担该笔债务的偿还。广东省燃料公司在《关于董塘镇企业总公司逾期滞纳金的计算》中亦承认，截止2011年7月7日，董塘企业办尚欠款73000元。故董塘企业办应返还借款本金73000元给广东省燃料公司。参照《广东省高级人民法院关于"镇人民政府企业办公室能否作为民事诉讼主体问题的请示"的答复》"同意你院第一种意见。即乡镇企业办作为'其他组织'，对外进行民事活动发生纠纷时，可以作为民事诉讼主体参加诉讼，其所在乡镇政府应为共同原、被告，乡镇政府应承担企业办不足清偿部分的债务"的规定，董塘企业办是董塘镇人民政府的下属机构，在其资产不足以偿还原告借款本金的情况下，董塘镇人民政府应承担补充偿还责任。

广东省仁化县人民法院依照《中华人民共和国合同法》第二百零六条、《中华人民共和国担保法》第七条、第二十一条以及参照《最高人民法院关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》之规定，作出如下判决：

一、限被告仁化县董塘镇乡镇企业管理办公室于本判决生效之日起十日内归还原告广东省燃料公司的借款本金73000元。被告仁化县董塘镇人民政府对该款项中被告仁化县董塘镇乡镇企业管理办公室不足清偿部分承担归还责任。

二、驳回原告广东省燃料公司的其他诉讼请求。

【法官后语】

原乡镇企业总公司的借贷如何处理，涉及四个问题。

第一个问题：原仁化县董塘镇企业总公司与广东省燃料公司签订的借贷合同是否有效?《最高人民法院关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》:“企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同”，因此，原仁化县董塘镇企业总公司与广东省燃料公司签订的借贷合同不符合我国金融法规，是无效合同。

第二个问题：广东省燃料公司诉请的114311元逾期付款违约金是否受法律保护?《最高人民法院关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》:“企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同。对于合同期限届满后，借款方逾期不归还本金，当事人起诉到人民法院的，人民法院除应按照最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项的有关规定判决外，对自双方当事人约定的还款期满之日起，至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息，应当收缴……”。因此，广东省燃料公司诉请的114311元逾期付款违约金不受法律保护，本案中，原告诉请的114311元逾期付款违约金还没有支付，所以不能收缴，只能判决不予支持。

第三个问题：乡镇人民政府企业办公室能否作为民事诉讼主体参加诉讼?《广东省高级人民法院关于“镇人民政府企业办公室能否作为民事诉讼主体问题的请示”的答复》:“同意你院第一种意见。即乡镇企业办作为‘其他组织’，对外进行民事活动发生纠纷时，可以作为民事诉讼主体参加诉讼，其所在乡镇政府应为共同原、被告，乡镇政府应承担企业办不足清偿部分的债务。”本案中，原仁化县董塘镇企业总公司解散后，由董塘企业办行使其职能，就承担了原仁化县董塘镇企业总公司归还广东省燃料公司借款的义务，董塘企业办在2003年12月29日亦向原告出具了《还款计划书》，表示愿意偿还该笔借款。但董塘企业办只是董塘镇人民政府的一个下属机构，所以，董塘镇人民政府须承担董塘企业办不足清偿部分的债务。

第四个问题：借贷合同被国家机关认定无效后，发生的后果如何处理？《合同法》第五十八条规定："合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还"。本案中，被告方自借款后到诉讼前已陆陆续续还了27000元，还欠原告73000元，因此，法院判决董塘镇乡镇企业管理办公室归还广东省燃料公司的借款本金73000元，董塘镇人民政府对该款项中董塘镇乡镇企业管理办公室不足清偿部分承担归还责任。

编写人：广东省韶关市仁化县人民法院　刘三瑞

5

夫妻共同债务的认定问题

——中国农业银行股份有限公司南安支行诉李某等借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省泉州市中级人民法院（2012）泉民终字第2873号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：中国农业银行股份有限公司南安支行（以下简称农行南安支行）

被告（上诉人）：李某

被告：李丙、李丁、李戊、李己、刘某

【基本案情】

2009年6月23日，借款人李甲与原告农行南安支行签订一份个人最高额自助借款合同，合同编号为：35119200900059843，合同约定借款人李甲向原告借款人民币3万元，期限自2009年6月23日至2012年6月22日，采用自助借款方式，循环使用贷款，利率按人民银行同期基准利率上浮50%，用于购汽车配件，并由被

告李己、刘某提供连带共同担保责任保证。合同签订后，2010 年 6 月 20 日，李甲采用自助借款方式向原告借款人民币 3 万元，借款期限至 2011 年 6 月 19 日，利率为 7.965%，采用利随本清方式归还贷款。原告依约发放了贷款。李甲已于 2011 年 5 月 1 日死亡，该借款至今未还。另查明，李甲系被告李某的丈夫，被告李丙、李丁的父亲，被告李戊的儿子。原告主张至 2012 年 3 月 20 日尚欠原告贷款本金人民币 30000 元及相应利息、罚息（利息、罚息约人民币 5000 元），而被告刘某、李己也未履行连带保证担保责任。原告请求：1. 提前解除 35119200900059843 号个人最高额自助借款合同，依法判令被告李某、李丙、李丁、李戊立即偿还贷款本金人民币 30000 元整及利息、罚息（利息、罚息自 2010 年 6 月 20 日起计至贷款归还日止，按中国人民银行的有关规定及合同的约定计算）。2. 判令被告李己、刘某对上述债务承担连带清偿责任。

被告李某、李丙、李丁、李戊辩称对该笔借款全然不知，也从未听说借款人买汽车配件之事，且借款人李甲也未留下任何财产，借款人李甲若有留下遗产可供继承，答辩人表示放弃继承。

被告李己、刘某辩称，借款人不存在违约，原告要求提前解除合同等，没有法律依据，原告的诉讼请求应予以驳回。本案的借款人，也不存在没有财产予以还款的情形，应予驳回原告对担保人的保证责任。

【案件焦点】

李某是否应偿还农行南安支行借款人民币 30000 元及相应的利息、罚息。

【法院裁判要旨】

福建省泉州市南安市人民法院经审查认为：借款人李甲向原告农行南安支行借款人民币 30000 元，有个人最高额自助借款合同、借款借据各 1 份为据，事实清楚，证据充分，应予认定。鉴于借款人李甲已死亡，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外”之规定，该借款系借款人李甲与被告李某婚姻关系存续期间所负的债务，应当按夫妻共同债务处理，因此，被告李某应该偿还原

告的借款。根据个人最高额自助借款合同第六条第二项、第十一条第三项之约定，故原告有权请求提前解除35119200900059843号个人最高额自助借款合同。审理中，被告李丙、李丁、李戊均明确表示放弃继承李甲的遗产，依照《中华人民共和国继承法》第三十三条第二款“继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任”之规定，作为继承人应在继承其遗产的范围内为其清偿债务，对于明确表示放弃继承的，对被继承人的债务可以不负偿还责任，故被告李丙、李丁、李戊对李甲的债务不负偿还责任。

据此，福建省泉州市南安市人民法院依法判决如下：一、提前解除35119200900059843号个人最高额自助借款合同；二、被告李某应偿还向原告农行南安支行借款人民币30000元及利、罚息（利、罚息自2010年6月20日起计至贷款归还日止，按中国人民银行的有关规定及合同的约定计算），于本判决生效后十五日内一次性付清；三、被告李己、刘某应对被告李某应偿还的上述借款承担连带清偿责任；被告李己、刘某承担保证责任后，有权向被告李某追偿；四、驳回原告农行南安支行的其他诉讼请求。

李某持原审意见向福建省泉州市中级人民法院提起上诉。

福建省泉州市中级人民法院认为，李甲与农行南安支行签订的《个人最高额自助借款合同》是双方真实意思表示，没有违反法律的强制性规定，是合法有效的。李甲于借款期间内死亡，李甲与该笔借款的担保人刘某、李己也没有归还上述借款，因此农行南安支行有权依据合同约定提前解除该借款合同，并要求担保人承担相应的担保责任。李甲与李某夫妻关系是在1988年缔结的，而上述借款发生在2009年间，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条的规定，该笔债务发生在李甲和李某夫妻关系存续期间，虽以李甲的名义发生，但是李某不能提供证据证明该笔债务明确约定为李甲的个人债务，因此，该笔债务应认定为夫妻共同债务，故农行南安支行要求李某立即偿还该笔贷款本金30000元及相应的利息、罚息的诉讼请求，合法有据，应予支持，且李某在本案中的身份除了是法定财产继承人，同时也是夫妻共同债务承担者，虽然李某明确表示放弃财产继承权，但是原审法院认定该笔债务为夫妻共同债务从而判决李某应承担还款责任并无不当。据此，依法判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

一种意见认为，根据农行南安支行与李甲签订的借款合同，借款用途约定用于汽车配件，而李某并未在该借款合同上签名，故对该笔借款是否为夫妻共同债务，应由农行南安支行承担相应的举证责任，现李某否认该笔借款为夫妻共同债务，且农行南安支行未能证明其知情或用于家庭共同生活，且李甲的所有法定财产继承人皆表示放弃继承其遗产，故不应判决李某承担还款责任，而应由二担保人承担连带担保责任。

另一种意见认为，虽然农行南安支行与李甲签订的借款合同，李某并未签名确认，但是李甲与李某的夫妻关系从1988年缔结，该笔借款发生在夫妻关系存续期间，且该笔借款用途约定用于汽车配件生意，根据我国《婚姻法》第十七条、第十八条、第十九条的规定，在排除第十八条规定的五种情形的基础上，除了夫妻双方明确约定夫妻关系存续期间财产归各自所有外，皆应推定为夫妻共同财产，结合本案案情，该笔借款系用于购买汽车配件生意，并不属于《婚姻法》第十八条规定的五种情形，且在借款合同上并未明确约定为李甲的个人债务，应推定为李甲与李某的夫妻共同债务，李某应对其主张该笔债务为李甲的个人债务承担相应的举证责任，这在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条也有明确规定。故判决李某应承担该笔借款的还款责任，二担保人承担连带担保责任是适当的。

笔者认同第二种意见，在现实生活中，夫妻间有互为平等处分夫妻共同财产的权利，为了维护交易安全，不能苛求交易的相对方在交易时一定要取得夫妻双方签名确认，只要其善意，有正当理由相信为该夫妻的共同意思表示，该交易就应受到法律保护，这在《婚姻法》第十三条、第十七条、第十八条、第十九条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十七条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条中皆有体现，我国《婚姻法》关于夫妻财产制度采取以夫妻共同财产制为原则，夫妻约定财产制为例外，如果夫妻一方主张为个人财产（含债权、债务），应对其承担相应的举证责任，否则应推定为夫妻共同财产。

编写人：福建省泉州市南安市人民法院　曾海根

6

婚前借款是否构成夫妻共同债务的认定

——马某诉米某、盖某民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市密云县人民法院（2012）密民初字第3284号民事判决书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告：马某

被告：米某、盖某

【基本案情】

原告马某与被告米某系母子关系。被告米某与盖某系夫妻。2009年11月22日，被告米某为购买售房人石晓玉位于宣武区鸭子桥路A号院B号楼C号的房产，支付了定金4万元，售房人石晓玉出具了收款证明；同日，被告米某为原告马某出具4万元借据。2011年1月18日，被告米某为原告马某出具欠条一份，内容为“兹收到75000元，系从妈妈马某处借款，用于归还本人借款。”2011年6月10日，被告米某向原告马某出具借据一份，内容为“今有米某从父母处借购房款贰拾贰万元整，用于购买房产付首付款。”另，2009年9月12日，被告米某向米利平、段登峰夫妻出具欠条一份，内容是“今收到米利平、段登峰110000元整”。米利平、段登峰表示将此笔债权转让给原告马某，并于2012年8月3日与原告马某签订了债权转让协议。2011年7月12日，被告米某就上述借款总金额向原告马某出具借条一份，内容为“米某、盖某双方从马某手中借现金人民币肆拾肆万伍仟元整。借款人：米某代盖某。”盖某未在该借条上签字。

2011年7月1日，被告米某因出售其位于北京市宣武区鸭子桥路A号院B号

楼C号的房产，获得收入940000元。2011年7月4日，盖某与张洪刚签订房屋买卖合同，购买张洪刚位于密云县果园西路38号院5号楼3单元601号的房屋，成交价格为973000元。2011年7月12日，被告米某将出售鸭子桥路房产所得向张洪刚转账423000元。2011年8月8日，被告米某与盖某登记结婚。

【案件焦点】

米某向马某借款是否构成夫妻共同债务。

【法院裁判要旨】

北京市密云县人民法院经审理认为：原告提交的借据上没有被告盖某的签字，被告盖某也不认可与原告存在借款关系，且原告所诉借款事实发生在被告米某与被告盖某登记结婚之前，该借款并不属于夫妻关系存续期间共同所负债务。对于原告马某及被告米某称该借款用于支付二被告婚后共同生活所居房屋的首付款一节，从双方提交证据来看，该首付款系米某以出售北京市宣武区鸭子桥路房屋所得支付，无法认定原告所诉借款用于支付二被告婚后共同生活所居房屋的首付款。原告马某及被告米某亦并未提供充分证据证明该借款用于夫妻共同生活、属于夫妻共同债务。原告以民间借贷纠纷起诉，但无法证明与被告盖某之间存在民间借贷法律关系，故被告盖某不属于本案争议法律关系的主体，原告对被告盖某的起诉属于诉讼主体错误。被告米某认可向原告马某借款445000元，本院对此予以确认。

北京市密云县人民法院裁定驳回原告对被告盖某的起诉后，依照《中华人民共和国合同法》第八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，作出如下判决：

被告米某于本判决生效后十五日内偿还原告马某借款四十四万五千元。

【法官后语】

本案处理重点在于对夫妻一方婚前个人债务是否用于婚后共同生活的认定。对此，主要从以下两点入手：

1. 借款时间和用途

首先要查清借款时间和用途。本案中，被告米某向原告马某借款陆续发生于2009年至2011年，即被告米某与盖某结婚前甚至是二人相识之前，只不过期间一直

未归还。从双方陈述的事实来看，部分借款未能证明用途；部分借款是米某用于购买宣武区鸭子桥路房产，后来并未将出售此房产所得用于归还原告马某，即在具备偿还能力的情况下没有还款，而是将出售房产收入用于购买果园西路房屋。

此案是典型的母亲在儿子成年后为其垫资购房，儿子通过房屋买卖获得收益，以保证以后购房能力的情形。儿子向母亲借款的目的为购买投资或者自住用房，此借款目的与购买夫妻婚后共同生活用房没有任何关系。借款的实际去向是用于购买鸭子路房产等，非用于购买夫妻婚后共同生活的果园西路房产。

2. 婚后共同生活财产来源

通过核实果园西路房产购房资金来源与米某出售鸭子桥路房产后的资金去向，可以查明购买果园西路房产的资金来源是米某出售个人所有的房产所得，而非借款所得。

从证据和查明的事实来看，马某出借的资金并没有直接流向果园西路房产，购买果园西路房产的资金来源也并非向马某借款所得，故原告所称夫妻共同债务的证据链并没有完整建立。最终，法院驳回了原告马某对盖某的起诉，判决由米某承担还债义务。

编写人：北京市密云县人民法院　魏雅君

7

借款前明确告知出借人自己不承担清偿责任的夫妻一方对另一方个人债务不承担责任

——廉某诉刘某、王某追偿权案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山西省运城市垣曲县人民法院（2011）垣民初字第242号民事判决书

2. 案由：追偿权纠纷

3. 当事人

原告：廉某

被告：刘某、王某

【基本案情】

被告刘某与被告王某原系夫妻关系，双方于2008年8月18日在垣曲县民政局办理离婚登记。在二被告婚姻存续期间，被告刘某曾多次私自向他人借款，用于其个人消费和赌博，其中也曾向原告借过款，在原告向二被告讨要借款时，被告刘某的妹妹刘甲于2007年3月份替被告刘某向原告偿还过借款，而且向原告偿还借款时，刘甲和被告王某曾明确告诉原告以后不准再借钱给被告刘某，否则不予偿还。然而被告刘某于2007年8月29日与王甲签订借款协议，该协议约定，由被告刘某向王甲借款2万元，每月利息为1000元，借款期间为1年，原告作为连带保证人也在该协议中签字，并且三人共同到垣曲县公证处进行了公证。借款到期后，被告刘某没有偿还，王甲依公证书向人民法院申请执行，人民法院于2009年执行原告廉某2.5万元偿还给王甲。此后，原告称自己多次找被告刘某追偿其偿还的2.5万元借款，但被告刘某因赌博欠债累累外出躲避，致使原告无奈诉至法院。

【案件焦点】

刘某对外举债属于个人债务还是夫妻共同债务。

【法官裁判要旨】

原告廉某、被告刘某及出借人王甲之间签订的借款协议并附担保条款，是三方当事人真实意思表示，并且在垣曲县公证处进行公证并赋有强制执行力，三方均应全面履行其合同约定的义务。但被告刘某作为借款人并未按约定向出借人王甲返还借款本金及利息，致使王甲依据公证书向本院对原告作为被执行人（连带保证人）强制执行了此笔借款的本金及利息共计2.5万元；原告作为保证人向债权人王甲承担保证责任后，有权依法向被告刘某即借款人进行追偿2.5万元。被告刘某由于经常赌博欠债累累目前都已外出躲避；而原告又未向本院提供确实充分的证据证实被告刘某将此笔借款用于二被告的共同生活；况且被告王某辩称对此笔借款并不知情，并向本院提供了证人刘甲、赵某的当庭证言用于证实被告刘某借款并未用于家

庭共同生活，被告王某已明确告知原告以后不准再借给刘某钱，否则不予偿还，故对原告要求被告王某偿还此笔借款的诉讼请求，本院认为证据不足，不予支持，而对被告王某提出不予偿还此笔借款的辩解意见予以采纳。关于被告王某提出的本案已过诉讼时效的辩解意见，因原告廉某作为此案的保证人于2010年5月份才向债权人王甲承担了保证责任，而根据司法解释规定保证人对债务人行使追偿权的诉讼时效，自保证人向债权人承担责任之日起开始计算，故对被告王某提出本案已过诉讼时效的辩解意见不予采纳。

【法官后语】

夫妻关系存续期间的共同债务认定是当前婚姻案件中常见的一种类型，而本案属于典型的夫妻一方个人对外举债，夫妻另一方存在明示免责前提的情况。如何认定夫妻一方向债权人的借款是属个人债务还是夫妻共同债务？《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》对该类型进行了阐述。根据该解释的规定，婚姻关系存续期间，一方以个人名义所负债务的处理原则上应认定为夫妻共同债务，但有特殊情况的除外。除外情形是指夫妻一方要提供能够证明该债务确为欠债人个人债务，从而未欠债的婚姻关系当事人可以对抗债权人的请求。在实际生活中，债权人要想充分保护自己的合法权益，一定要慎重注意，在他人向自己提出借款要求时，应注意审查以下几个方面：（1）借款人的信誉如何？有无偿还能力？（2）借款用途是什么？是否用于非法经营活动？（3）为避免出现夫妻一方对共同债务的不认可，在书写借据时，最好要求借款人夫妻均署名签字，像本案中，由于被告刘某借款是用于赌博和个人消费，且另一被告王某也向原告明示警告由于刘某的不良行为，请他不要再借款给被告刘某，故上述借款不能认定为夫妻共同债务。而被告刘某又下落不明，最终使原告的合法权益无法得到有效的保障。

编写人：山西省运城市垣曲县人民法院　孟堃

8

假按揭借款合同中借款人的还款责任

——华夏银行股份有限公司北京长安支行诉李欣、北京恒昌房地产开发有限公司借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市西城区人民法院（2012）西民初字第19286号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告：华夏银行股份有限公司北京长安支行（以下简称华夏银行）

被告：李欣、北京恒昌房地产开发有限公司（以下简称恒昌公司）

【基本案情】

2005年1月15日，华夏银行与李欣、恒昌公司签订《借款合同》，约定李欣向华夏银行借款82万元，用于购买位于北京市朝阳区农光南里1号楼龙辉大厦×号房屋；借款期限120个月，即从2005年1月27日起至2015年1月27日；贷款月利率为4.425‰；李欣的借款由华夏银行于《借款合同》生效当日通过转账方式一次性划入恒昌公司在华夏银行开立的存款账户；李欣应从贷款划付的次月开始还款，按月偿还贷款本息，还款总期数为120期；李欣采用月均还款法偿还借款本息，每月还款8822.15元；本合同的担保方式采取抵押、保证担保；抵押担保的金额随李欣偿还贷款或第三人代为清偿而相应扣减；恒昌公司为本合同项下贷款本金、利息及相关费用提供第三方保证，恒昌公司承担的保证金额随李欣偿还贷款或第三人代为清偿而相应扣减；抵押担保的期限自抵押登记完成之日起至还款期限届满之日后6个月止。如李欣同时提供财产抵押作为贷款担保，则恒昌公司的保证期限自本合同生效之日起至抵押登记完成之日止；恒昌公司承诺，在华夏银行发出

《提前还款通知书》30日内，代李欣清偿所有欠款，否则华夏银行有权从恒昌公司存款账户上扣收；李欣或恒昌公司违反本合同的约定，华夏银行有权提前收回贷款。

2005年1月27日，华夏银行按照李欣的授权将82万元贷款划转至恒昌公司在华夏银行开立的账户内。本案涉案房屋首付款是由恒昌公司支付，恒昌公司一直以李欣的名义按月向华夏银行偿还借款，但李欣及恒昌公司均并未就购买房产协助华夏银行办理房屋抵押登记手续，该房产亦未登记在李欣名下。经查，该房产已由恒昌公司出卖给第三人并完成房屋所有权登记备案手续。2012年2月22日，华夏银行向李欣发出《提前还款通知书》，要求李欣于2012年3月30日之前偿还该笔贷款剩余之本金、相应利息及罚息；同日，华夏银行向恒昌公司发出《通知函》，要求恒昌公司于2012年3月30日前向华夏银行提供李欣所购房屋的房屋所有证。截至2012年10月20日，李欣名下尚欠剩余借款本金226187.63元、利息414.16元。华夏银行起诉要求李欣偿还全部借款本息、恒昌公司承担担保责任。李欣称，其没有得到涉案房产，也没有交过首付款和房贷月供款，这些都是恒昌公司交付的，不应承担还款责任。恒昌公司与李欣的意见一致，认为应该由恒昌公司承担还款责任，李欣不应该承担还款责任。

【案件焦点】

李欣及恒昌公司对于假按揭应承担怎样的责任。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：华夏银行与李欣、恒昌公司签订的《借款合同》，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。华夏银行、李欣及恒昌公司均应自觉履行相应合同义务。华夏银行将约定的贷款划入恒昌公司的账户后，华夏银行的放款义务就已履行完毕。李欣应当按照合同约定履行按期还款及其他合同义务。

李欣作为具有完全民事行为能力的公民，具有掌控本人从事经济活动的能力。现华夏银行已按《借款合同》的约定履行了放款义务，但从本案查明的事实看，李欣、恒昌公司未按约定使用贷款，李欣名下亦无涉案房屋，客观上无法办理抵押登记，债权人无从取得抵押权，致使华夏银行实现债权存在风险，李欣及恒昌公司的

上述行为已违反了《借款合同》的相关约定，华夏银行有权依约要求提前收回借款本息。从合同的实际履行情况来看，李欣未实际占有或使用诉争房产。李欣未向恒昌公司交付过购房首付款，未向华夏银行偿还过房屋按揭贷款，首付款及月供款均由恒昌公司支付。恒昌公司实际收取了本案诉争借款，是本案诉争借款的实际占有使用人。因此，恒昌公司应当向华夏银行承担偿还贷款本息的责任而非保证责任。华夏银行所主张的借款合同项下剩余借款本息，应由恒昌公司负责偿还。

公民从事民事法律活动应当审慎，李欣虽未参与《借款合同》的履行，亦未实际占有借款所购房屋，但其签订相应合同的行为客观上帮助了恒昌公司取得了华夏银行的按揭贷款，帮助恒昌公司实现了融资目的，李欣的上述行为具有过错并给华夏银行造成了经济损失，应根据其过错程度酌定李欣向华夏银行承担恒昌公司不能偿还借款本息部分10%的赔偿责任。

北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百零六条第二款，《中华人民共和国合同法》第二百零三条、第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

一、被告北京恒昌房地产开发有限公司于本判决生效后十日内给付原告华夏银行股份有限公司北京长安支行借款本金二十二万六千一百八十七元六角三分，并支付相应利息及罚息（截至二〇一二年十月二十日，利息为四百一十四元一角六分；自二〇一二年十月二十一日起至上述款项全部清偿之日止的利息及罚息，按照上述《个人住房贷款借款合同》约定的标准计算）；

二、被告李欣对被告北京恒昌房地产开发有限公司上述第一项应还款项之不能偿还部分，向原告华夏银行股份有限公司北京长安支行承担百分之十的赔偿责任；

三、驳回原告华夏银行股份有限公司北京长安支行的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案为典型的假按揭贷款。这类贷款行为的具体情形是，房地产公司为了融资，让自己的员工或者其他个人协助，个人以买该房地产公司开发的房屋为由向银行进行按揭贷款。房地产公司与个人先签订房屋买卖合同，房地产公司帮助个人交纳首付款，个人提交房屋买卖合同等材料向银行进行贷款。银行通过审核，认为个人贷款行为符合规定，向个人发放贷款。一般情况下，在借款合同中会进行约定，

个人所贷款项由银行发放到房地产公司账户。银行发放贷款之后，房地产公司并不将房屋交付给个人，相反还代该虚假购房人偿还月供。房地产公司再将房屋另卖于真正的购房人，从而达到融资目的。

假按揭贷款在审判实践中时有发生，对于该类案件如何处理存在不同观点。一种观点认为，借款人取得了贷款，就应当按照借款合同约定按期履行还款义务，房地产公司应当履行担保责任。借款人没有取得所购房屋，是其与房地产公司之间的纠纷，与其与银行之间的借款关系没有关联性。笔者认为，审理该类案件应综合考虑合同履行情况，结合案件发生的背景进行裁判。本案中，恒昌公司代李欣交纳了首付款，代李欣偿还月供款，是银行发放的贷款的实际使用人，可以说，恒昌公司通过李欣向银行借款进行融资。因此，可以认定恒昌公司应当向华夏银行承担偿还贷款本息的责任而非保证责任。李欣虽未参与借款合同的履行，亦未实际占有借款所购房屋，但其签订借款合同，客观上帮助了恒昌公司取得银行贷款，帮助恒昌公司实现了融资目的，李欣的上述行为具有过错，结合其过错程度，酌定李欣向华夏银行承担恒昌公司不能偿还借款本息部分10%的赔偿责任是合理的。

编写人：北京市西城区人民法院　黄冠猛

9

免责的债务承担与并存的债务承担的司法判断

——国营江阴市稻麦原种场诉江阴市滨江色织厂等借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市江阴市人民法院（2012）澄滨民初字第100号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告：国营江阴市稻麦原种场（以下简称稻麦场）

被告：江阴市滨江色织厂（以下简称色织厂）、陆瑞庆、陈琦、高国才

【基本案情】

稻麦场为江阴市农林局（以下简称农林局）开办的事业单位。江阴市滨江色织公司（以下简称色织公司）系高国才与他人投资设立的公司。色织厂系个人独资企业。

1999年8月，稻麦场向色织厂转让12亩土地使用权，10万元/亩，计120万元，色织厂支付了20万元，余款100万元作为色织厂向稻麦场的借款未予支付。2000年2月15日，稻麦场、色织厂签订补充协议一份，载明：兹由稻麦场出让土地12亩，作为借款给色织厂于1999年8月5日签订，由于部分条款发生变化，经双方商定签订本补充协议：1. 稻麦场现有在滨江开发区文化东路，定山路西有土地12亩，以每亩10万元转让给色织厂建造厂房，合计人民币120万元整。稻麦场把100万元作为借款给色织厂，其余20万元由色织厂代稻麦场垫付在土地转让过程中的各项规费。

2000年12月25日，色织厂就该受让土地办理了国有土地使用权登记手续。

就前述款项的本息，色织厂以其名义或色织公司的名义归还了稻麦场本金30万元及部分利息，就剩余本息及下一年度的利息归还，2008年1月1日，色织公司与稻麦场签订借款协议书一份，载明：色织公司向稻麦场借款人民币70万元，于2008年前逐步付清。色织公司以聊城产剑杆织机11－2.1型15台或其他设备作抵押。

就上述协议中所涉的借款本金、利息、房租冲抵等事项，色织厂与稻麦场于2009年2月5日签订还款协议一份，载明：色织厂于2008年12月30日前结欠稻麦场的土地款计70万元，累计结欠利息23.0641万元，扣除列年稻麦场租色织厂的房租6.515万元，实际结欠稻麦场86.5491万元，色织厂方应于2009年2月4日归还。

2011年2月18日，色织公司与稻麦场就前述协议所涉款项签订还款协议一份，载明：色织公司于2010年12月30号前结欠稻麦场欠的土地款计70万元，累计结欠利息10万元。色织公司应于2011年12月30日前归还70万元及利息5.5万元。

2011年4月25日，高国才与陈琦签订转让协议一份，载明：高国才拟将其在色织厂中的全部权利转让给陈琦，陈琦愿意受让。转让行为生效前色织厂的债务

（陈琦已知债务），由色织厂承担，高国才、陈琦双方承担连带责任；高国才承担责任后，有权向陈琦追偿。

2011年4月26日，高国才与陈琦办理了色织厂的投资人的工商变更手续。2011年5月17日，陈琦与陆瑞庆签订转让协议一份，载明：陈琦拟将其在色织厂中的全部权利转让给陆瑞庆，陆瑞庆愿意受让。转让行为生效前色织厂的债务（陆瑞庆已知债务），由色织厂承担，陈琦、陆瑞庆双方承担连带责任等内容。

2011年5月30日，陈琦与陆瑞庆办理了色织厂投资人的工商变更手续。至2012年3月31日，稻麦场尚有本金60万元、利息5.4459万元未能收取。结欠色织厂2011年度及2012年第一季度的租金合计2.25万元。

稻麦场对收到的色织厂、色织公司给付的款项，出具的收款凭证上的交款人栏均是色织厂。2012年4月17日，稻麦场在扣除其单位至2012年3月31日结欠色织厂的租金2.25万元后具状诉讼来院，要求色织厂、陆瑞庆、陈琦、高国才归还欠款本息63.1959万元等。

【案件焦点】

色织公司加入到稻麦场与色织厂的债权债务关系中，是免责的债务承担还是并存的债务承担?

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市江阴市人民法院经审理认为：色织厂是否仍为稻麦场的债务人，取决于对稻麦场与色织公司于2008年1月1日签订的借款协议书及2011年2月18日签订的还款协议确定的是免责的债务承担还是并存的债务承担的认定。对此，应认为色织公司与稻麦场签订的借款协议与还款协议，系色织公司以担保为目的，对稻麦场负担与该债务同一内容的协议，该行为并不引起色织厂脱离债的关系，而是由色织公司加入债的关系，与债务人色织厂构成并存的债务承担共同向债权人稻麦场承担债务。本案中，2008年1月1日色织公司与稻麦场签订的借款协议中列明的色织公司向稻麦场借款70万元及结欠利息的事实并不存在，色织公司与稻麦场间并不存在借款关系，该协议实际是色织公司就色织厂向稻麦场受让土地结欠的土地转让款本息向债权人稻麦场出具的还款担保意思表示，并不引起色织厂脱离债务的法律后果。事实上，该协议签订后，色织厂仍支付稻麦场欠款利息，以色织公司名义

归还的款项，稻麦场收款后开具的收据上的交款人均是色织厂而非向色织公司，这说明作为债权人的稻麦场，仍认为该债务的债务人为色织厂而非色织公司。现稻麦场向色织厂要求承担全部还款义务，不要求色织公司承担归还义务，是其权利的处分，本院予以尊重。

故江苏省无锡市江阴市人民法院判决如下：

一、江阴市滨江色织厂应于本判决生效之日起10日内偿还国营江阴市稻麦原种场63.1959万元及该款自2012年4月17日起至本判决确定应给付之日止按同期银行贷款利率计算的利息。

二、陆瑞庆、陈琦、高国才对江阴市滨江色织厂的上述还款义务承担连带偿还责任。

一审判决后，双方当事人在法定期限内均未提起上诉，判决已经发生法律效力。

【法官后语】

《合同法》第八十四条规定了债务承担制度："债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。"该条笼统地规定了免责的债务承担与并存的债务承担。区分免责的债务承担与并存的债务承担的标准主要是根据当事人之间的意思表示及履行行为等综合判断。

首先，免责的债务承担应以债权人免除原债务人债务的明确意思表示为构成要件。从构成要件上看，免责的债务承担比并存的债务承担构成要件更严格。《合同法》第八十四条规定的是以"债权人同意"为要件，免责的债务承担，从其后果上讲，这里的"同意"应该包含两层意思：一是由新债务人履行债务；二是原债务人不再承担债务。因此，免责的债务承担应以明确表示免除原债务人的责任为构成要件。

其次，免责的债务承担成立后，原债务人不应再加入履行原债务的行为。免责的债务承担与并存的债务承担最主要的区别是原债务人的地位问题，如果是免责的债务承担成立后，原债务人不应再加入债务中。

实际交易中，当事人之间采用的并不是法言法语，相关行为也处于法律规范的边缘，而日常用语和行为可能具有不明确性、不规范性、不确定性等特点，使当事人的真实意思表示难以准确把握。由于成立免责债务承担的条件比成立并存债务承

担更加苛刻，故除存在债权人对原债务人不再负担债务的明确意思表示，而原债务人也不再履行债务外，应认定为并存的债务承担为宜。否则可能造成当事人利益的失衡，不利于保护债权人的合法权益。

编写人：江苏省无锡市江阴市人民法院　唐宇英　夏凯

10

合同效力与公证效力的认定

——刘洪君诉邹忠祥、刘梅民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

天津市第二中级人民法院（2012）二中民一终字第447号民事判决书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告（反诉被告、上诉人）：刘洪君

被告（反诉原告、被上诉人）：邹忠祥、刘梅（邹忠祥之妻）

【基本案情】

2011年2月20日原、被告签订借款合同，约定被告邹忠祥向原告刘洪君借款280万元，且该合同签字时被告已经收到原告全部借款，合同就还款期限和违约责任进行了约定。2011年11月1日，原、被告在天津市大港公证处就该借款合同的真实性进行公证，天津市大港公证处出具了（2011）津大港证字第2026号公证书，确认双方的签约行为符合法律规定。2012年1月4日，原告起诉至法院。二被告在举证期限内提出反诉，认为被告是受原告胁迫才签订的借款合同，要求撤销该借款合同。

【案件焦点】

借款合同效力以及公证效力如何认定。

【法院裁判要旨】

天津市滨海新区人民法院经审理认为：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。原告刘洪君以经过公证的借款合同主张权利，但公证书只对原、被告的签约行为的合法性进行了公证，并未对原告是否真实提供了借款进行公证。同时原告刘洪君提供的借款来源的证据，无论从资金来源的时间上、性质上都与借款合同内容及自身陈述存在矛盾，不能证明其已支付给被告280万元借款的主张。根据法律规定，自然人之间的借贷合同，自贷款人提供借款时生效，因此原告刘洪君的主张证据不足，不予支持。关于二被告提出原、被告签订的借款合同是在原告胁迫的情况下签订的，应予以撤销的反诉请求，因其提供的证据中，只有被告与案外人曾谈论过不签订借款合同，原告刘洪君就不支付相关费用的话题，而无其他直接证据，其不足以证明胁迫事实的存在，不予支持。

天津市滨海新区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第五十四条第二款、第二百一十条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、第五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条的规定，作出如下判决：

一、驳回原告刘洪君的诉讼请求；

二、驳回被告邹忠祥、刘梅的反诉请求。

刘洪君持原审起诉意见提起上诉。天津市第二中级人民法院经审理认为：上诉人刘洪君不能提交已经交付给被上诉人280万元的相关证据，因此，原审根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、第五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条的规定，判决驳回上诉人刘洪君的诉讼请求，并无不妥，上诉人请求改判被上诉人返还280万元借款，承担28万元逾期违约责任的主张，其依据不足，本院不予支持。综上，原审法院所作判决认定事实清楚，适用法律正确，应当予以维持。

天津市第二中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1. 以民间借贷为名的其他法律关系

在审判实践中经常发生原告以民间借贷为案由起诉而在庭审过程中才发现双方

当事人诉争的法律关系其实并非民间借贷的情况。主要有以下两个原因。第一，民间借贷关系的基本内容即为金钱给付，而金钱债务并非民间借贷的专属，许多其他法律关系的权利义务也包含资金往来。第二，民间借贷法律关系简单，举证相对容易是当事人选择主张民间借贷的主要动机。

2. 借款合同的效力

本案被告在答辩过程中主张此借款合同签订过程中存在原告威胁被告的情形，但是被告没有证据证明其主张，因此对该主张法院不予认可。即使被告提出充分证据证明原告的威胁情况属实，该合同的效力也不是可撤销合同。可撤销合同是在合同生效之后因存在可撤销情形，经法院或仲裁机构撤销才自始无效，在合同被撤销之前合同仍然有效。如上所述，自然人之间的借款合同属实践性合同，借款合同自实际交付借款之时才生效，本案中的借款合同自始没有生效。

3. 公证的效力

本案中的借款合同办理了公证手续，其中有以下两个问题值得注意：

第一，公证书并没有审查也没有公证借款是否已经实际交付，该公证书并未对借款合同的效力进行确认，而仅公证了借款合同的某些实质要件，即合同双方的民事能力以及对于合同的意思表示是否真实等。因此对原告认为公证已认定合同有效的主张不予支持。第二，公证并非民事法律行为有效的充分条件。一般情况下经过公证的民事法律行为和法律事实应当作为定案依据，但由于公证审查不当、当事人伪造事实等情况而使公证内容与事实不符的，应当给予当事人举证推翻公证内容的合理机会。

编写人：天津市滨海新区人民法院　刘凤星　吕佳琪

11

关于借款合同纠纷中逾期还款利息的认定

——大庆市正大福万家蛋鸡养殖专业合作社诉范德龙借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

黑龙江省大庆市大庆高新技术产业开发区人民法院（2012）庆高新商初字第11号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告：大庆市正大福万家蛋鸡养殖专业合作社

被告：范德龙

【基本案情】

2009年10月30日，被告范德龙从原告大庆市正大福万家蛋鸡养殖专业合作社处借款45000元。同日，被告范德龙给原告出具借据一份，借据上载明：今借正大福万家蛋鸡养殖专业合作社现金肆万伍仟元正，还款期为壹个月。借款人：范德龙；经办人：李玉华。同时，双方在借据中备注：李玉华帮范德龙筹款期间所签任何书面文字性东西（包括协议合同、章程等）均与本次借款无关。本次借款超期不还，借款人范德龙应按同期银行利息的五倍支付借款利息。借款到期后，被告范德龙一直未偿还原告欠款，故原告诉至法院，请求被告偿还原告借款本息，并承担本案诉讼费。

【案件焦点】

案件双方当事人争议的焦点：一是关于借款数额的认定；二是关于逾期还款利息的认定。

【法院裁判要旨】

黑龙江省大庆高新技术产业开发区人民法院经审理认为：因被告范德龙给原告正大合作社出具了借据，且其认可从原告处借款的事实存在，故原被告之间形成了借款合同关系。因双方意思表示真实，且不违背法律及行政法规强制性规定，故双方之间的借贷关系合法有效，被告范德龙应按约定期限承担偿还借款的责任。被告范德龙辩称借款数额并非45000元，但并未举证证明其诉讼主张，故本院对其主张不予采信。双方虽约定逾期还款按银行同期利率五倍支付利息，但原告只请求被告按银行同期利率四倍支付逾期利息，符合相关法律规定，本院予以支持。

根据《中华人民共和国合同法》第四十四条第一款、第六十条第一款、第一百九十六条、第二百零七条的规定，判决如下：

被告范德龙于本判决生效之日给付原告大庆市正大福万家蛋鸡养殖专业合作社借款本金45000元，并按中国人民银行同期同类贷款利率四倍支付自2009年12月1日至实际给付之日止的利息。

案件受理费1575元，由被告范德龙承担。

【法官后语】

由于我国目前法制较之经济生活的相对滞后性，加之传统观念中当事人证据意识薄弱，就原告方而言，若主张借款关系、要求被告还款，必须要对双方之间成立借款合同关系、原告支付被告借款、款项已达还款期这三个事实同时承担证明责任。这个证明责任从学术上归为客观意义上的证明责任。即，按照双方提交证据的证明力无法判断确实存在上述三个事实，导致事实真伪不明时，由原告承担败诉责任。本案原告请求被告偿还欠款45000元，被告对该数额有异议，但未举证证明其主张，根据谁主张谁举证的原则，被告应当承担举证不能的法律后果，故本院对原告的诉讼请求予以支持。

此外，借款合同双方对利息有约定的，按照合同约定，但约定不能违反中国人民银行规定的贷款利率的上下限的强制性规定。一份借款合同究竟采用何种利率，应当根据国家的有关规定，区分具体贷款的种类、用途期限的不同来确定。《合同法》第204条明确指出："办理贷款业务的金融机构贷款的利率，应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定。"若贷款合同约定的利率超出中国人民银行

规定的上限利率的，超出部分应当确认无效，但是对中国人民银行规定限度以内的利率仍然应予保护。本案中，双方虽约定逾期还款按银行同期利率五倍支付利息，但原告只请求被告按银行同期利率四倍支付逾期利息，符合相关法律规定，本院予以支持。

编写人：黑龙江省大庆市大庆高新技术产业开发区人民法院 郭佳雪

12

合同连带责任不因当事人不知情而解除

——中国邮政储蓄银行有限责任公司东阿县支行诉娄玉英等借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省聊城市东阿县人民法院（2011）东商初字第1988号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告：中国邮政储蓄银行有限责任公司东阿县支行（以下简称东阿邮政银行）

被告：娄玉英、侯庆利、娄西泽、杨希旺

【基本案情】

2009年8月7日，原告东阿邮政银行同被告娄玉英的丈夫侯延国（死亡）、被告侯庆利、娄西泽、杨希旺五户签订了贷款金额为8万元的《小额联保借款合同》和《小额贷款联保协议书》，在借款合同第十一条载明：不按期归还借款本金的，从逾期之日起按借款利率加收50%的罚息。不按期偿还贷款利息的，其欠息部分按逾期贷款罚息利率计收利息。并约定了阶段性等额本息还款方式。在联保协议书载明："联保期限为2年（自2009年8月7日－2011年8月7日），在此期间，联保小组任一成员自愿为邮政银行向其他联保小组成员发放的贷款承担连带责任保证，保证范围包括借款的本金、利息、违约金、损害赔偿金和因借款违约致使甲方采取

诉讼方式所支付的律师费、差旅费及甲方实现债权的其他费用。2009年8月7日，原告第一次与被告娄玉英的丈夫侯延国签订了借款合同，贷款金额为8万元，期限为12个月，即从2009年8月7日至2010年8月7日，年利率为15.84%，用途是进饲料，被告侯庆利、娄西泽、杨希旺均在担保合同上签字。原告按约定发放贷款后，侯延国按约定如期归还了欠款。2010年10月30日，原告第二次与侯延国签订了借款合同，借款金额仍为8万元，期限为10个月，即从2010年10月30日至2011年8月30日，年利率为15.84%，用途是进药品，被告侯庆利、娄西泽、杨希旺没有在担保合同上签字。2010年11月23日侯延国因病死亡。在借款合同第五条还款方式的条款中，侯延国选择按照第五种方式还款，即“借款前八个月按月偿还当月利息，不还本金。此后期间，按照等额本息还款法偿还”。被告娄玉英于2010年10月30日至2011年3月30日按照约定还款，共偿还利息5317元。2011年3月30日后，被告娄玉英未按约定向指定账户存款，致原告无法按时划款，经原告多次催要无果。

【案件焦点】

农村五户联保，即签订《小额联保借款合同》和《小额贷款联保协议书》的农户在出现案中情况时应如何确定归还贷款及利息的责任。

【法院裁判要旨】

合法的借贷关系受法律保护。原告东阿邮政银行与侯延国签订的借款合同系双方当事人的真实意思表示，借款合同不违背法律规定，该合同合法有效，应受法律保护。侯延国去世后，东阿邮政银行向侯延国之妻娄玉英索要欠款符合法律规定，基于被告娄玉英未按约定履行偿还借款义务的违约行为，原告在多次催要未果的情况下诉请判令其归还借款8万元及利息，本院予以支持。三被告与原告东阿邮政银行签有《小额联保协议书》，该担保行为符合法律规定，成立并有效。根据《小额联保协议书》第五条的约定“甲方（即邮政银行）和乙方（即联保小组）任一成员签订借款合同时，不需逐笔办理办证手续，乙方其他成员均承担连带保证责任”，本案原告与侯延国第二次签订借款合同未通知三被告并没有违反上述协议书的约定，原告依据该合同约定要求三被告对侯延国借款承担连带保证责任，于法有据，本院予以支持。

根据《中国人民银行关于调整金融机构存、贷款利率的通知》（银发（2004）

251号）文件第二项第一条“金融机构（城乡信用社除外）贷款利息不再设定上限”之规定，本案双方约定年利率为15.84%，是合法的。关于原告与侯延国签订的借款合同中罚息的约定，根据1996年8月1日中国人民银行制定的《贷款通则》第十四条、第三十二条第四款的规定：逾期贷款的应加收罚息。《中国人民银行关于人民币贷款利率有关问题的通知》银发（2003）251号文件第三项规定：逾期贷款（借款人未按合同约定日期还款的借款）罚息利率在借款合同载明的贷款利率水平上加收30%－50%。本案借款合同约定逾期“按借款利率加收50%的罚息”，在规定的幅度内，不违背中国人民银行的规定，亦是合法的。根据银发（2003）251号文件第三项“对不能按时支付的利息，按罚息利率计收复利”的规定，原告要求的逾期未还本金加收罚息的诉求及逾期未还贷款利息部分按逾期贷款罚息利率计收利息，本院予以支持。原告要求的诉讼代理费、交通费等费用，于法无据，本院不予支持。

山东省东阿县人民法院依据《中华人民共和国合同法》第四十四条、第一百零七条、第二百零七条，《中华人民共和国担保法》第十八条之规定，于2011年12月13日作出判决：一、被告娄玉英于本判决生效之日起十日之内归还原告东阿邮政银行借款本金8万元，2011年8月30日之前的未还利息4824.06元，以及2011年8月30日之后的利息（按双方约定的利率计算，计息时间自2011年8月31日计算至本院确定的还款之日）。二、违约金按双方约定的罚息计算，计息时间自2011年8月31日计算至本院确定的还款之日。三、被告侯庆利、娄西泽、杨希旺对上述借款及其利息承担连带责任。四、驳回原告的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案是一起由金融机构贷款引起的普通商事纠纷，但因其采取联保的贷款方式及阶段性等额本息还款方式而成为一起新型的纠纷。近年来，随着党和国家对“三农”问题的重视程度越来越高，农民发展经济的积极性大大提高。各级政府不断出台促进新农村建设的新措施，金融机构也推出了相应的业务服务三农，联保贷款就是其中的一项措施。

邮政储蓄小额贷款业务是中国邮政储蓄银行面向农户推出的贷款产品，主要是向农户发放的用于满足其农业种植、养殖或生产经营需要的短期贷款。小额贷款业务最主要的特征是推出了联保贷款制度。目前，邮储银行推出的小额贷款产品有农户联保

贷款、商户联保贷款和商户小额贷款三类。其中农户联保贷款是指三到五名拥有本地户口的农户组成一个联保小组，不再需要其他担保，就可以向邮政储蓄银行申请贷款。联保贷款业务的出台，为城乡居民提供更便捷的融资渠道，对于缓解农村“贷款难”问题具有积极的意义，但同时也具有一定的风险。本案就涉及农户联保贷款。

贷款人侯延国的突然死亡也给金融机构联保贷款制度敲了警钟，目前邮储银行的小额贷款纠纷有逐渐增多的趋势，联保贷款制度也存在贷款把关不严、利息偏高、改变贷款用途等问题。对此，笔者认为，邮储银行应对联保贷款制度进行细化和完善，使联保贷款制度真正发挥促进广大农民发展经济积极性的作用。

编写人：山东省聊城市东阿县人民法院　王红云

13

被继承人死亡后，一方以借款关系为由要求继承人偿还借款应认定为被继承人债务清偿纠纷还是借款合同纠纷

——郑某诉刘某等借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦民终字第1872号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：郑某

被告（上诉人）：刘某

被告：吴某、郑甲

【基本案情】

2010年9月6日，以吴甲为交款人，存入智慧纳米科技（厦门）有限公司在

中国建设银行股份有限公司厦门高科技支行开立的人民币临时存款账户 35101591001052513335 内50000元。2010年9月13日，郑某从其建设银行火炬支行账户取款539400元。同日，以吴甲为交款人，分别存入智慧纳米科技（厦门）有限公司上述银行账户550000元、200000元。2010年9月28日，以吴甲为交款人，存入智慧纳米科技（厦门）有限公司上述银行账户50000元。以上存款行为对应的4份现金交款单已作验资，验资报告载明截止2010年9月28日，智慧纳米科技（厦门）有限公司股东吴甲首次实际缴纳出资额850000元，全部以货币出资，分别于2010年9月6日、2010年9月13日和2010年9月28日缴存智慧纳米科技（厦门）有限公司上述银行账户内。2010年10月10日，智慧纳米科技（厦门）有限公司章程载明：公司注册资本5000000元；股东吴甲认缴出资额2650000元，占注册资本的53%，分期于公司成立之日起两年内缴足。其中第一期货币出资853000元，占认缴出资额的32.19%，于公司设立登记前缴纳，第二期货币出资1797000元，于公司成立之日起两年内缴纳；股东庄某认缴出资额600000元，占注册资本的12%，于公司成立之日起两年内缴足，股东郑某认缴出资额600000元，占注册资本的12%，于公司成立之日起两年内缴足。2006年6月16日，吴甲与刘某登记结婚。2011年12月11日，吴甲因故死亡，其法定继承人为刘某、吴某、郑甲。

【案件焦点】

郑某主张的借款关系是否成立，本案案由是被继承人债务清偿纠纷还是借款合同纠纷。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市湖里区人民法院认为：本案系被继承人债务清偿纠纷。郑某提供的4份现金交款单与验资报告可以相互印证，共同证明吴甲首次实际缴纳的出资额850000元系来源于上述现金交款单项下的资金。郑某持有其中550000元的现金交款单的原件，以此主张该550000元系其所存，刘某予以否认，然其并无证据证明郑某系以不正当的方式取得该证据的原件，也无证据证明该550000元系吴甲自有的资金，而与郑某无关，由此可以合理推定该550000元系郑某以吴甲的名义存入智慧纳米科技（厦门）有限公司的投资款。郑某以此主张其与吴甲存在借款关系。

对此，虽然郑某未能提供借条等借款凭证，但是借条并非认定借款事实有无的唯一根据，而且通过查明的事实，郑某与吴某、郑甲的陈述以及证人庄某的证言可以相互印证，初步证明吴甲向郑某借款550000元的事实。刘某虽不予认可，但是其提供的证据无法证明郑某与吴甲之间存在隐名投资关系，郑某系以吴甲的名义进行投资。此外，刘某也无证据证明郑某系接受吴甲的委托代办有关手续、处理相关事务或者郑某系偿还先前拖欠吴甲的债务。因此，郑某主张的借款事实具有高度盖然性，刘某未能提供有力的证据加以反驳，故对郑某主张的吴甲向其借款550000元的事实，予以认定。因该债务形成于夫妻关系存续期间，刘某没有证据证明该债务系吴甲个人的债务，故不论刘某是否继承吴甲的遗产，都应对吴甲的上述债务承担共同清偿责任。此外，郑某借款给吴甲系不定期无息借款，郑某提起本案诉讼可视为催告，刘某经催告至今未还款，故郑某请求自起诉之日起按照中国人民银行同期同类贷款利率计付利息，与法不悖，予以照准。吴甲因故死亡，吴某、郑甲作为其法定继承人，依法应在继承遗产的范围内对上述债务承担清偿责任。

福建省厦门市湖里区人民法院依据《中华人民共和国民法通则》第一百零八条，《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第一百九十六条、第二百零六条、第二百一十条，《中华人民共和国继承法》第三十三条第一款，《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第9条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条第一款的规定，判决：

一、刘某应于判决生效之日起十日内偿还郑某借款550000元并支付利息（自2012年1月30日起，按照中国人民银行同期同类贷款利率计至判决确定的付款期限届满之日止）。

二、吴某、郑甲在实际继承吴甲遗产的价值范围内偿还郑某借款550000元并支付利息（自2012年1月30日起，按照中国人民银行同期同类贷款利率计至判决确定的付款期限届满之日止）。

刘某持原审意见提起上诉，福建省厦门市中级人民法院经审理认为，郑某原审起诉主张其为吴甲代垫投资款550000元，以吴甲名义直接存入智慧纳米科技（厦门）有限公司，上述550000元系吴甲与刘某夫妻关系存续期间向郑某所借款项，

郑某以此主张其与吴甲之间存在借款关系，请求法院判令刘某偿还550000元借款及刘某、吴某、郑甲作为吴甲的法定继承人承担清偿责任。本案郑某系以借款关系为基础起诉主张权利，故本案案由应当确认为借款合同纠纷。本案各方争议焦点为郑某与吴甲之间是否存在借款关系。郑某原审提交现金交款单、银行流水单、验资报告等证据及证人庄某的证言以证明其主张。但郑某并无证据证明其于2010年9月13日的取款539400元与上述出资款550000元系同一笔款项，亦无证据证明现金交款单中的交款人“吴甲”系郑某本人笔迹。刘某在本案审理中未认可其本人、吴甲与郑某之间存在借款关系，郑某未能提供借条及向吴甲或刘某转款的银行凭证等直接证据证明借款关系的存在，现金交款单、银行流水单、验资报告等证据也不足以证明郑某与吴甲之间存在借款合同关系。故郑某原审起诉主张吴甲向其借款550000元，证据不足，本院不予认定。郑某原审诉讼请求依法应予驳回，原审判决错误，应予纠正。

福建省厦门市中级人民法院依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条之规定，判决：

一、撤销厦门市湖里区人民法院（2012）湖民初字第864号民事判决；

二、驳回郑某的原审诉讼请求。

【法官后语】

民事案件案由是民事案件名称的重要组成部分，反映案件所涉及的民事法律关系的性质，是将诉讼争议所包含的法律关系进行的概括，同时也是人民法院进行民事案件管理的重要手段。法官在审理案件过程中应准确界定争议所涉法律关系的性质。

关于本案案由的认定，一审判决认定本案案由为被继承人债务清偿纠纷。根据法律规定，被继承人债务清偿纠纷应是基于被继承人债务所产生的诉讼争议，即被继承人债务是被继承人死亡时遗留下来的应当由被继承人清偿的财产义务，在被继承人死亡时尚未清偿的依法应由其清偿的债务，债权人与继承人对债务本身不存异议，债权人在被继承人死亡后要求继承人清偿。故被继承人债务清偿纠纷中涉及的债务性质本身已无争议，只是基于被继承人死亡后继承的发生而产生争议。本案原审原告郑某是以其以吴甲名义向智慧纳米科技（厦门）有限公司缴纳的850000元

出资款中的550000元系借款为由主张与吴甲之间存在借款关系，要求刘某、吴某、郑甲返还。郑某的起诉虽发生在吴甲死亡之后，但郑某仍是以借款关系为基础起诉主张权利。郑某主张的借款关系是否成立是刘某、吴某、郑甲作为吴甲的法定继承人是否应承担清偿责任的依据。本案中刘某对郑某主张的借款关系持有异议，并未认可讼争款项系吴甲生前债务。故本案法律关系的性质为借款关系，而非被继承人债务，故二审判决认定本案案由应当确认为借款合同纠纷。

编写人：福建省厦门市中级人民法院　袁爱芬

14

公司应当对加盖公章的行为承担法律责任

——裴兆瑞诉张作祥等民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

黑龙江省鸡西市密山市人民法院（2012）密商初字第477号民事判决书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告：裴兆瑞

被告：张作祥、李冬梅、黑龙江省裕道粮食有限公司（以下简称裕道公司）、密山市商瑞农副产品购销有限公司（以下简称商瑞公司）

【基本案情】

2011年10月10日，被告张作祥、李冬梅分两次在原告裴兆瑞处借款两笔，分别为400000.00元、1300000.00元。并分别出具欠条，约定2012年10月初还款。

2011年12月6日原告裴兆瑞与被告张作祥、李冬梅达成还款协议。约定：协议签订之日，张作祥、李冬梅共还款1040800.00元（含1700000.00元的利息40800.00元）；剩余欠款于2012年4月10日前还清，还款时应还751800.00元

（其中含利息和佣金）。被告商瑞公司在协议书上加盖了公章。

2012 年 6 月 4 日，原告裴兆瑞与被告张作祥、李冬梅签订了关于 2011 年 12 月 6 日的还款协议的“补充协议”。约定：由于 2011 年 12 月 6 日签订的协议未能按期履行，经协商，债权人裴兆瑞同意债务人张作祥、李冬梅夫妇分期分批偿还所欠债务，但最迟不得超过 2012 年 8 月 10 日（在此期间债权人有继承追索债务的权利），同时债权人追加债务人提供第三方担保（新公司），在签此协议之前所偿还（已经预期的）金额的利息免除，剩余欠款（50 万元整）按月息 1000 元/100000 元计息。若逾期再不能偿还的话，债权人除追诉债务人相应的法律民事责任外，利息按万分之五/日计息，并承担债权人委托律师与此事产生的相关费用。此协议一式两份，双方各执一份。担保人为裕道公司。

在 2011 年 10 月 10 日至 2012 年 9 月 14 日期间，被告张作祥、李冬梅分别于 2011 年 12 月 21 日偿还 239000.00 元、2011 年 12 月 22 日偿还 162100.00 元、2011 年 12 月 26 日偿还 160000.00 元（汇给王宝岩）、2011 年 12 月 29 日偿还 400000.00 元、2012 年 1 月 5 日偿还 237800.00 元、2012 年 6 月 4 日偿还 251800.00 元、2012 年 6 月 4 日偿还 5000.00 元、2012 年 8 月 17 日偿还 150000.00 元、2012 年 8 月 20 日偿还 200000.00 元。累计还款付息计 1805700.00 元。其中 2011 年 12 月 26 日还款额为 160000.00 元的一项，原告裴兆瑞不认可，称该笔汇款收款人为王宝岩，与其无关。裴兆瑞在 2011 年 11 月 29 日至起诉之日前 7 次往返山东日照（原告住所地）与密山（被告住所地）之间累计花销交通费 9588.00 元。聘请律师费 10000.00 元。经裴兆瑞多次向张作祥催款未果，因此提起诉讼。要求张作祥、李冬梅偿还 150000.00 元及利息 34570.00 元，承担律师费 10000.00 元，交通费 4588.00 元，误工费 3000.00 元，并要求裕道公司、商瑞公司承担连带偿还责任。

【案件焦点】

商瑞公司仅仅在“协议书”上加盖公章而没有注明何种身份是否影响民事责任的承担。

【法院裁判要旨】

黑龙江鸡西市密山市人民法院经审理认为：被告商瑞公司在原、被告签订的还款协议上加盖了公章，其就应知晓加盖公章的法律后果，原告裴兆瑞以其为担保人

作为诉讼主体，有事实依据，本院予以支持。四被告以其作为被告不适格的反驳意见，缺乏法律和事实依据，本院不予支持。

合法的借款关系受法律保护。裴兆瑞与张作祥、李冬梅借款事实存在，借款法律关系明确。张作祥、李冬梅提出借款已还清，但其提供的证据不足以能够证明其已全部偿还欠款，其尚欠裴兆瑞150000.00元事实清楚，原告要求张作祥、李冬梅给付借款本金150000.00元及利息有合法有效的协议约定，本院予以支持。裴兆瑞索要差旅费证据不足，本院不予支持。裴兆瑞要求张作祥、李冬梅承担律师费，裴兆瑞的该项请求有原、被告签订的协议支持，本院予以确认。裴兆瑞要求四被告承担误工费，没有合同约定和法律依据，本院不予支持。关于2011年12月26日偿还160000.00元的还款凭证，该凭证载明收款人为王宝岩，裴兆瑞对此笔还款款项不予认可，四被告亦没有其他证据佐证，故四被告抗辩已偿还此笔款项的意见，本院不予确认。四被告可案外另行主张权利。根据《中华人民共和国担保法》第十九条规定，“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按连带责任保证承担保证责任。”裕道公司、商瑞公司系担保人，且没有约定保证方式，故其应承担连带给付责任。综前所述，裴兆瑞要求张作祥、李冬梅给付欠款150000.00元及利息34570.00元、律师费10000.00元的诉讼请求，本院予以支持。

依照《中华人民共和国民法通则》第八十四条，《中华人民共和国担保法》第十九条、第二十一条之规定，判决如下：被告张作祥、李冬梅偿还原告裴兆瑞借款150000.00元，利息34570.00元，律师费10000.00元。被告黑龙江省裕道粮食有限公司、密山市商瑞农副产品购销有限公司承担连带给付责任。

【法官后语】

本案原告将商瑞公司列为被告提起诉讼，理由是商瑞公司在“协议书”上加盖了公章。但被告商瑞公司等认为商瑞公司不具备本案诉讼主体资格，不是适格被告。理由是商瑞公司仅加盖了公章，并没有注明其是担保人或债务人或其他身份，协议书上的“担保人”的三个字是原告私自添加的，未经被告同意，与被告无关。经审理，本院认为，被告商瑞公司是独立企业法人，在“协议书”上加盖商瑞公司公章，就意味着其承担民事责任，其应知其行为后果，“协议书”上未标注其加盖公章是何种法律身份，其就应提供证据证明其行为目的、法律身份，否则就应承担举证不能的法律

后果，原告以其认可的一种身份确认其作为被告的法律事实，法院应予支持。

关于差旅费应否保护的问题。按照法律规定，因索款而支出的差旅费应由欠款人承担，但该项支出费用应与索款行为有关联关系，进一步讲还应具备唯一性，也就是说是因为索款而支出的该项费用。根据民诉法“谁主张谁举证”的规定，原告要求给付差旅费就应提供证据支持其主张，本案仅提供了差旅费票据，虽有被告欠款的事实，但原告向被告索款时还有其他业务关系，同时，原告没有提供其他证据证明其到被告所在地索要欠款，本案被告持有不同意见，因此，原告的主张不能证明原告此行的目的就是索要欠款，缺乏证据支持。

关于律师费应否保护的问题。依据现有的民事法律规定，律师费仅在《合同法》第七十四条规定的情形予以保护，该条的立法目的是，因为该类案件需要有法律专业人员予以支持。本案法院亦保护了原告要求给付律师费的诉讼请求，是因为原被告双方在“协议书”上对律师费负担问题进行了约定，该约定内容虽无法律规定是否可以保护，但是系当事人意思自治的范畴，不违反现行的法律法规，因此应予支持。另，保护律师费的范围。根据现行规定律师收费标准有两种方式，一是按规定收费；二是协议收费。法院保护的标准应以规定收费为原则，协议收费为例外。若协议收费低于规定收费标准则按协议收费执行，否则应执行规定收费。

编写人：黑龙江省鸡西市密山市人民法院　郑刚

15

以《借条》为依据起诉的法律关系的认定问题

——陈国云诉严海金、广州市汇一粉末冶金制品有限公司民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省广州市中级人民法院（2012）穗中法民二终字第2836号民事判决书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：陈国云

被告（上诉人）：严海金

被告：广州市汇一粉末冶金制品有限公司（以下简称汇一公司）

【基本案情】

2011年2月28日，严海金向陈国云借现金60000元。严海金为此出具一张内容为："2011年2月28日严海金借陈国云现金人民币60000.00元（陆万元整），2011年12月30日前还清。借款人：严海金 2011年2月28日"的《借条》给陈国云。

2012年1月5日及3月3日严海金分别还款7000元及5000元给陈国云。陈国云为此分别出具了两张内容为："今收到严海金还款人民币7000.00元"，"今收到严海金还款5000.00元（伍仟元整）"的《收据》给严海金。余款48000元严海金至今未偿还给陈国云。

2012年3月17日，严海金又出具一张内容为："严海金应承陈国云还款10000.00元（壹万元整）由于多次答应都无法按时还款，现要求最后期限为2012年3月19日。如到时无法按时还款，则以车辆抵押给陈国云，直到严海金还款后才归还给严海金。"的《抵押协议》给陈国云。

陈国云、杨利凤原系汇一公司的股东，严海金系汇一公司的股东兼法定代表人。庭审中，杨利凤表示其在本案不主张权利；陈国云表示其在本案不向汇一公司主张权利。

严海金认为其与陈国云之间不存在民间借贷纠纷。涉案欠款实际上是汇一公司经营过程中欠付股东陈国云及杨利凤的工资、分红等款项，在核算之前严海金作为汇一公司的法定代表人应陈国云的要求出具的《借条》，严海金的行为是代表汇一公司的职务行为，其并非适格被告。汇一公司表示同意严海金的上述意见。

【案件焦点】

严海金向陈国云出具的《借条》是个人借款还是代表公司的职务行为。

【法院裁判要旨】

广东省广州市黄埔区人民法院经审理认为：严海金向陈国云借款60000元的事实，有陈国云提供的严海金出具的《借条》证实。严海金尚欠陈国云48000元，到期后拒不偿还，陈国云要求严海金归还到期借款的请求，合理有据。陈国云、汇一公司辩称借款不是严海金所欠，实际系汇一公司欠款，且债权人还应有第三人杨利凤，但陈国云对此予以否认。且《借条》上书写是“严海金借陈国云……借款人：严海金”，《抵押协议》亦书写是“严海金应承陈国云还款”；而严海金提供的原告书写的两张还款《收据》也书写着“今收到严海金还款”，清晰显示债务人为本案严海金，因此，陈国云、汇一公司的辩解，法院不予采信。

广州市黄埔区人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百零八条，《中华人民共和国合同法》第二百零八条和《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第九条的规定，作出如下判决：

严海金在判决生效之日起十五日内向陈国云清偿借款48000元及利息（利息按银行同期同类贷款利率计算，从2012年3月20日起计至还清时止)。

严海金持原审起诉意见提起上诉。广东省广州市中级人民法院经审理认为：本案争议的焦点问题是：本案各方当事人争议的款项是民间借贷纠纷抑或是公司盈余分配。对此，陈国云、严海金双方均确认《借条》的形成原因及还款过程为：由于汇一公司拖欠陈国云股东分红、工资等合法收益，各股东进行结算。担任汇一公司法定代表人、控股股东的严海金以个人名义向陈国云出具《借条》，并分别于2012年1月5日和3月3日向陈国云还款7000元、5000元，又于2012年3月17日向陈国云出具《抵押协议》并将其自有车辆及车辆行驶证交付给陈国云。以上事实有借条、收据、严海金提交的《上诉状》、陈国云提交的《答辩状》、二审庭询笔录为证，法院予以确认。基于以上事实，本院认为，严海金以个人名义向陈国云出具《借条》并签名予以确认，陈国云予以同意并接受该《借条》，证明双方已对汇一公司所欠陈国云股东分红、工资的款项达成合意，该款项性质已由公司欠款变更为严海金对陈国云的个人债务，严海金其后向陈国云归还12000元欠款及提供《抵押协议》进一步印证了《借条》的真实性和双方已达成的还款合意。《借条》既为双方真实意思表示，亦不违反法律、行政法规的强制性规定，陈国云与严海金之间的借贷关系依法成立并生效，双方应依约履行各自的义务。严海金主张双方事实上并

不存在真实的民间借贷关系，无事实和法律依据，本院不予采信。原审法院认定本案为民间借贷纠纷，定性准确，本院予以确认。

广东省广州市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项的规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1. 我国法律对债务承担的规定及简析

我国法律对债权债务的变更和转让的规定主要规定在《合同法》第五章“合同的变更和转让”中，其中第八十四条规定，债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。保护债权人的合法权益是合同法的立法目的之一，因此对于第八十四条的适用应着眼于债务人转移合同义务的行为是否得到债权人的同意，而不在于债务人是否有明示的转移债务给第三人的意思表示。易言之，只要第三人与债权人就原债务达成合意，债权人即享有对第三人的债权，而无需征得债务人的同意，因此，债权人在诉讼中当然有权选择仅以第三人作为被告，要求其履行相应的债务。

2. 以《借条》为依据起诉的案由确定问题

根据《最高人民法院民事案件案由规定》的相关规定，与本案相关的案由有公司盈余分配纠纷和民间借贷纠纷两项。对于以《借条》为依据起诉的纠纷如何确定案由向来存有争议，在本案中，双方当事人确认《借条》形成的基础法律关系为公司与股东间的盈余分配纠纷关系，陈国云作为股东本可以公司为被告向法院提起公司盈余分配纠纷之诉。但本案中，严海金作为公司的法定代表人和实际控制人，基于公司对陈国云的欠款以其个人名义向陈国云出具《借条》并签名予以确认，可视为严海金对公司债务的承担，陈国云予以同意并接受该《借条》，证明双方已对汇一公司所欠陈国云股东分红、工资的款项达成合意，该款项性质已由公司欠款变更为严海金对陈国云的个人债务，严海金其后向陈国云归还12000元欠款及提供《抵押协议》进一步印证了《借条》的真实性和双方已达成的还款合意。虽然公司未对债务的转移作出意思表示，但前文已述，出于保护债权人权利的角度考虑，应对《借条》的合法性予以确认，认定陈国云与严海金之间的借贷关系依法成立并生效，

双方应依约履行各自的义务。因此，本案案由应定性为民间借贷纠纷而非公司盈余分配纠纷。

3. 汇一公司的诉讼地位问题

原告在起诉时并未将公司列为被告，且原告在诉讼中明确表示不向公司主张权利，因此，生效判决并未让公司承担责任处理恰当。但是，本案既定性为民间借贷纠纷，汇一公司仅为原法律关系当事人，并非新的债权债务关系当事人，不应承担相应责任，因此一审法院依职权追加公司作为本案被告参加诉讼并不妥当，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第二十八条“经债权人同意，债务人转移合同义务后，受让人与债权人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，受让人就债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债务人列为第三人”的规定，本案中汇一公司的诉讼地位应为第三人。

编写人：广东省广州市中级人民法院　何海涛

16

法人单位出具的违反内部规定的借条是否有效

——谭某诉茂名市第五中学民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省茂名市中级人民法院（2012）茂中法民一终字第110号民事判决书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：谭某

被告（上诉人）：茂名市第五中学

【基本案情】

2007年9月30日，被告茂名市第五中学为发放教职工国庆节补助向原告谭某

借款40000元，并于同日向原告出具盖有其公章的借条，借条上还有时任被告出纳的曾某签名确认。该借条没有约定还款期限和利息。借款后至今，经原告多次催收，被告一直拒绝偿还借款，原告遂诉至法院。原告主张被告偿付的利息从起诉之日（即2011年12月21日）起按中国人民银行同期同类贷款利率计算至还清借款40000元止。

【案件焦点】

法人单位出具的借条违反其内部的财务管理制度，应如何认定借条的效力。

【法院裁判要旨】

广东省茂名市茂南区人民法院经审理认为：被告茂名市第五中学于2007年9月30日向原告谭某借款人民币40000元，有借款借条为凭，该民间借贷行为系双方当事人的真实意思表示，民间借贷关系依法成立，受法律保护。因此，原告请求被告偿还借款人民币40000元，本院予以支持。关于原告要求被告偿付从起诉之日起按中国人民银行同期同类贷款利率计算至还清借款40000元止的利息的请求，虽然借款借条没有约定借款利息，但根据《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第九条“公民之间的定期无息借贷，出借人要求借款人偿付逾期利息，或者不定期无息贷款经催告不还；出借人要求偿付催告后利息的，可参照银行同类贷款的利率计息”的规定，原告的请求合法合理，本院予以支持。关于被告辩称由于原告提交的借条上只有经手人曾某的签名而无时任被告法定代表人谭甲和总务主任任某的签名，因此根据其“学校所有债权、债务（含借贷）单据必须经主职校长、总务主任、经手人三人签字方可生效”的财务管理规定，原告提交的借条不具备法律效力的问题，原告提交的借条上盖有被告的公章，并且有时任被告出纳的曾某签名确认，应认定为被告的真实意思表示，借条中的民间借贷关系依法成立，为合法的民间借贷关系。根据《中华人民共和国合同法》第四十四条“依法成立的合同，自成立时生效”的规定以及《中华人民共和国民法通则》第九十条“合法的借贷关系受法律保护”的规定，原告提供的借条合法有效，受法律保护，而被告的财务管理规定仅为其内部的管理性规定，不能作为判断原告提交的借条是否具备法律效力的依据，因此被告的答辩意见，理由不充分，本院不予采纳。被告茂名市第五中学经本院合法传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，根据《中华人民

共和国民事诉讼法》第一百三十条“被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决”的规定，本案作缺席判决。依照《中华人民共和国民法通则》第九十条、《中华人民共和国合同法》第四十四条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第九条的规定，判决如下：限被告茂名市第五中学在本判决生效后十日内偿还借款本金40000元及支付该款从起诉之日即2011年12月21日起按中国人民银行同期同类贷款利率计算至还清借款时止的利息给原告谭某。

广东省茂名市第五中学持原审意见提起上诉。

广东省茂名市中级人民法院经审理认为：被上诉人谭某主张上诉人茂名市第五中学偿还40000元借款所举证的《借条》，有上诉人在借条上盖章确认，有上诉人的出纳曾某签名确认，而上诉人对印章的真实性和曾某的签名没有异议，因此，该《借条》的真实性应予以认定。上诉人与被上诉人的借贷关系是双方真实意思的表示，没有违反法律强制性规定，没有损害国家利益，应受法律保护。对于上诉人认为该笔借款在学校的账册和账户上没有反映，借条没有经校长、总务主任的签名，主张借款属虚假债务的问题。因上诉人收支是否建账，对外借款是否应由校长、总务主任及经手人签名确认等，均是上诉人内部财务管理的制度，违反内部财务管理制度是上诉人内部管理人员应承担的职务责任，但不能对抗第三人，因此，上诉人该主张没有法律依据。对于上诉人主张《借条》是校长谭甲、出纳曾某伙同被上诉人谭某伪造的问题。经审查，至二审期间，上诉人均未能提供校长谭甲、出纳曾某伙同被上诉人谭某伪造借条的证据，校长谭甲、出纳曾某虽然因侵吞单位国有资产已被追究刑事责任，但上诉人确认在刑事案件中，没有对本案涉及的借款作出具有法律效力的审理和认定。因此，上诉人的该主张欠缺事实证据。对于上诉人主张借款已超过诉讼时效的问题。经查，《借条》中没有约定还款日期，只是约定拨款到退还，上诉人与被上诉人在还款时间上的约定是不明确的，因此，无法认定具体的还款日期，应视为双方没有约定还款期限。被上诉人现提起诉讼请求上诉人还款并没有超过诉讼时效期间。而且在一审诉讼过程中，上诉人并未就已超过诉讼时效提出抗辩，在二审期间也未能提供新的证据证明被上诉人的请求权已过诉讼时效期间，根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第四条：“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不

予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外”的规定，上诉人该主张本院不予支持。综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律准确，处理恰当，本院予以支持。上诉人的上诉，缺乏事实及法律依据，本院予以驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项的规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

原告提交的借条上盖有被告的公章，并且有时任被告出纳的曾某签名确认，应认定为被告的真实意思表示，借条中的民间借贷关系依法成立，为合法的民间借贷关系。根据《合同法》第四十四条“依法成立的合同，自成立时生效”的规定以及《民法通则》第九十条“合法的借贷关系受法律保护”的规定，原告提供的借条合法有效，受法律保护。被告内部的财务管理制度仅为其内部的管理性规定，不能作为判断原告提交的借条是否具备法律效力的依据，而且违反内部财务管理制度是被告内部管理人员应承担的职务责任，但不能以此来对抗第三人。在被告向原告要求借款的时候，原告不可能也很难了解并熟知被告内部的财务管理制度，因此其不可能要求被告出具的借条必须符合被告内部的财务管理制度的规定。同时，被告出具给原告的借条上盖有其公章，并且有时任被告出纳的曾某签名确认，原告自然从表面上认为曾某的行为即代表被告的行为，从而借款给被告，并接受借条。

编写人：广东省茂名市茂南区人民法院　陈磊

17

欠据是否等于欠款

——王洪亮诉苗梅民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院（2012）齐民一终字第70号民事判决书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：王洪亮

被告（被上诉人）：苗梅

【基本案情】

王洪亮系泰来县地方税管员，苗梅系泰来县金泽洗车行的个体工商业户。2007年3月起，王洪亮负责苗梅经营的金泽洗车行各项税款的管理、催缴工作。2007年5月24日，苗梅在王洪亮办公室为其出具欠条一份，内容为“欠人民币壹仟伍佰零陆元贰角肆分，小写1506.24元，欠款人苗梅，2007年5月24日”。经查，2007年5月24日当天，苗梅没有缴纳税款的记录，当年苗梅缴纳税款共计118元。2011年10月12日，王洪亮以此欠条为依据，起诉苗梅，要求苗梅偿还欠款1506.24元。王洪亮认为苗梅是因2007年5月24日向地税局交纳税金时钱款不足，向原告借款1506.24元，并为原告出具一份欠据。此欠据是原、被告建立民间借贷关系的凭据，是有效的债权凭证，被告应该偿还欠款。苗梅认为，原、被告之间无债权债务关系，此欠据是2007年原告在催收被告缴纳税款时计算出来的欠泰来县地税局的税款。当时被告认为税款太多，不同意交税，原告让被告给他出具一份欠据好向单位领导交差才出的欠款手续。事后，被告已经履行了缴税义务，忘记了要回欠据。事实上，原、被告不熟悉，不可能借款借到“角、分”，而且事后多年，原告也从未向被告要过这笔欠款。故被告不欠原告钱，有欠据不等于有欠款事实。

【案件焦点】

苗梅向王洪亮出具的欠据是否具有债权凭证的意思表示。

【法院裁判要旨】

黑龙江省齐齐哈尔市泰来县人民法院经审理认为：原告依被告出具的欠条向被告主张权利，虽然有书面欠据，但并不代表双方即存在借贷关系。第一，双方是客户与税管员之间的管理与被管理关系，以前未有经济往来，也未有过私交，被告向原告借款金额1506.24元，“角、分”都在内，而事实上被告出具欠据当天并未交纳税款，该借款行为有悖常理；第二，双方陈述借款过程各不相同。原告称苗梅去

地税局交税，钱款不足便到其办公室借款1506.24元，王洪亮让苗梅将欠条写好，后从自己衣兜里拿出钱交给苗梅，而且2角4分也交给了苗梅；苗梅称就是欠条上的日期，王洪亮给苗梅打电话让其交税，苗梅到了王洪亮办公室，王先给苗计算应交多少，写在一张小纸上，苗梅看后认为过高不想交，王洪亮让其出手续，说好向单位交代，因此，苗梅出具了欠条，但并未向王洪亮借钱。事后，苗梅到税务局大厅交纳了税款，但未向王要回欠条。按王洪亮的说法，苗梅向其借款就是为交税，而且借的钱数有整有零，苗梅借款后应马上去交税，但事实上苗梅在打条当天未有交税记录。说明此款并未交付给苗梅。苗梅的陈述能够反映客观事实和交纳税款的规律，也符合借贷关系的交易习惯、生活常理。王洪亮在陈述欠款交付过程时存在矛盾，有时说分币在衣兜里拿出，有时又说在抽屉里拿出；第三，王洪亮作为税管员，应该知道苗梅的纳税标准和税额，从其工作职责上看不存在客户向税管员借款及为客户垫付税款的可能，假使双方无亲属关系，苗梅直接找其借钱，并且借1506.24元，与事实和生活常理相悖。从法庭调取的苗梅2007年交税情况看，苗梅并未有交纳1506.24元这笔款，因此王洪亮的证据来源及形成，反映不出客观事实，苗梅欠款事实不存在，依据事实和证据，运用逻辑推理、交易习惯以及日常生活经验综合判断，双方之间无债权债务关系。王洪亮的诉讼请求无事实依据，应予驳回。

黑龙江省泰来县人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、第六十四条、第七十三条之规定，作出如下判决：驳回原告王洪亮的诉讼请求。

王洪亮持原审起诉意见提起上诉。

黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院经审理认为：王洪亮为证明自己的主张，提供由苗梅出具的欠据一张，苗梅对此欠据认可，但抗辩此款系欠税款，其后已经偿还，但对此没有提供相关的证据证明。依据民事诉讼证据规则的规定，当事人对自己的主张负有举证责任，没有证据或证据不足以证明其主张的事实，应承担不利后果，苗梅抗辩该笔欠款是欠地税局的税款，且已经偿还，但没有证据证明，且该陈述无法对抗作为书证的欠条的证明效力，根据欠据的证明力，应认定借款事实成立，苗梅没有证据证明其已偿还该款项，故对本案借款应予偿还。王洪亮诉讼请求及理由成立，本院予以支持。原审判决认定事实错误，应予纠正。

黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十四条之规定，作出如下判决：

一、撤销泰来县人民法院［2011］泰民初字第344号民事判决；

二、被上诉人苗梅于本判决生效后10日内给付上诉人王洪亮借款人民币1506.24元。

【法官后语】

本案处理的重点在于对债权凭证和举证责任的理解。日常生活中可能会存在像苗梅所说的，为了让税管员好向单位交代，而为其出具欠据，而事实上并未有实际借款的可能性。比如农民通过信贷员向银行贷款，在未实际拿到借款前，先为信贷员出具贷款合同和个人借据，事后偿还完毕贷款，却不好意思或者忘记了向信贷员索回借据。这种情况在民间借贷中较为普遍，但法官在审理案件时，对于客观上的事实与法律上的事实认定，不能仅凭逻辑推理和对日常生活常理的判断，举证责任还是要交给当事人，本案原告为证明自己的主张提供出了欠据，证明了被告向其借款的事实。而被告主张此欠据系因欠税款，向收税员所出具，事后已经交纳了税款，那么，苗梅应当提供出自己在出具欠据后，向税务局交纳税款的凭证。而且，苗梅在交纳税款后没有及时抽回欠据，也是自己本人的失误。故二审法院将偿还了所欠税款、不欠原告款的举证责任分配给苗梅，并依据民事诉讼证据规则的原理，裁判苗梅偿还王洪亮欠款。即使苗梅当时在事实上没有与王洪亮形成实际的欠款事实，因为苗梅没有提供出驳倒王洪亮欠据的证据，法院依据王洪亮的证据（债权凭证）证明力大于苗梅的陈述内容证明效力，而认定双方之间的债权债务关系成立，裁判苗梅偿还王洪亮欠款，这种不利的法律后果也应由苗梅承担。因此法官在此提醒人们：对向他人出具的债权凭证，要慎重作出并在还款后及时收回，否则将承担不利的法律后果。

编写人：黑龙江省齐齐哈尔市泰来县人民法院　赵广彬　张玉英

18

收条并不具有证明借款已交付的当然证明力

——金文泉诉陈才根等民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省杭州市中级人民法院（2011）浙杭商终字第35号民事判决书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：金文泉

被告（被上诉人）：陈才根、浙江耀昌皮革机械有限公司（以下简称耀昌公司）、寿耀栋

【基本案情】

2009年12月7日，耀昌公司、寿耀栋向金文泉出具保证函一份，该函载明自2009年12月7日起陈才根向金文泉的借款在600万元内由耀昌公司、寿耀栋承担连带清偿责任，担保期限为主债务期届满两年。2009年12月11日，陈才根、金文泉在载明以下内容的借款协议上签字：陈才根向金文泉借款600万元；陈才根承诺于2010年1月11日归还100万元、2010年3月11日归还100万元、2010年5月11日归还100万元、2010年8月11日归还100万元，到2010年12月11日全部还清；金文泉可随时催讨，到期未还陈才根承担违约金50万元以及所有诉讼费用及律师费；借款协议也作为借款凭据，双方一经签字盖章即视为陈才根已借到金文泉600万元，现金交接清楚，各方均无异议，陈才根不再另行出具借据。同日，陈才根在载明“今收到金文泉现金人民币600万元整，以此为凭”的收条上签名、捺印。另查明，金文泉因本案诉讼而支出律师代理费1万元。金文泉认为其已经向陈才根交付了600万元借款，但陈才根未依照约定分期归还借款，保证人亦未承担保

证责任，故诉请陈才根归还金文泉借款600万元、支付违约金50万元、赔偿律师代理费损失1万元，并由耀昌公司、寿耀栋承担连带清偿责任。

【案件焦点】

凭借款协议和收条能否认定借款已交付。

【法院裁判要旨】

浙江省杭州市余杭区人民法院经审理认为：一、从借款的交付凭证来看，金文泉除提交收条外，并未提交款项交付的相应凭证。二、从借款的资金来源来看，金文泉前后陈述不一致。三、从款项交付的过程来看，金文泉主张600万元为现金一次性交付，其作为经商多年的商人，采取如此简便的交易方式，并不符合常理。四、从现金交付原因来看，金文泉前后三次陈述均不一致。五、从金文泉的出借动机来看。据金文泉陈述其之前并不认识陈才根，只是经郎水福介绍陈才根向其借款后才认识，是为赚取2分月息。根据其陈述，其是通过向朋友借款来出借巨额现金给一个根本不熟悉的人，显然这也不符合生活常理。六、关于金文泉是否认识陈才根。庭审中，金文泉将陈才根的照片辨认错误，且金文泉就此没有给出合理解释，只能说明金文泉并不认识陈才根。综上，金文泉所提供的证据并不足以证明其已经向陈才根交付了600万元借款。因此，金文泉的诉讼请求，证据不足，不予支持。

浙江省杭州市余杭区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，作出如下判决：

驳回金文泉的诉讼请求。

金文泉持原审意见提起上诉。浙江省杭州市中级人民法院经审理认为：就当事人所争议的本案600万元借款有无交付问题，虽然金文泉提供了落款时间相同的借款协议和收条以证明已经交付，但在以600万元现金直接进行交付明显不符合常理的情况下，金文泉未提供充分证据证明该600万元现金交付的必要性和现金来源，且其在原审中就该两问题前后几次所作的陈述相互矛盾。同时，金文泉虽主张是在自己的办公室将600万元现金交付于陈才根，但其在原审庭审中却将陈才根的照片辨认错误，将一张明显比陈才根年轻很多的人的照片指认为是陈才根的照片，说明金文泉其实并不认识陈才根，由此，其关于在自己的办公室将600万元现金交付于

陈才根的主张不能成立。综上，金文泉的上诉理由不能成立，应不予支持。原审法院认定事实及适用法律正确，实体处理得当。

浙江省杭州市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点在于对借款协议以及收条的证明力的认定。

民间借贷纠纷案件中，款项交付的真实性审查问题是难点之一。因为收条、借据涉及的情形非常复杂，特别是在融资性借贷（或称为资本借贷）越来越多发的情况下，收条、借据名实不符的现象比较常见。比较典型的如当事人之间并无真实的借贷合意，而是通过收条、借据确认各种形式的欠债；一方当事人为转移资产、逃避债务而与对方当事人串通，通过伪造收条、借据，形成虚假诉讼；当事人之间具有真实的借贷合意，但出于出借人的强势地位、借款人风险防范意识缺乏等原因，借款人在未收到借款的情况下先出具了收条、借据，但出借人其后并没有交付借款等等。因此，从实践来看，收条、借据并不具有证明借款已经交付的当然的证明力。民间借贷纠纷案件中，需要法官“拨开云雾见天日”，尽量去发现客观真实。

具体到本案，一、二审法院的处理思路一致，即在综合考虑交易习惯、出借人的经济能力、款项交付的时间和地点及交付形式，借款的起因及用途，借款人和出借人之间的关系远近等因素的基础上，通过逻辑推理，推断出金文泉关于600万元借款已经交付的主张并不符合日常生活经验，从而形成金文泉未向陈才根交付600万元现金的内心确信，并据此否定了借款协议、收条的证明力。

编写人：浙江省杭州市中级人民法院　施迎华

19

小额借款与其他法律关系的甄别

——林雄诉刘存茂民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市思明区人民法院（2012）思民初字第11682号民事判决书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告：林雄

被告：刘存茂

【基本案情】

刘存茂作为借款人出具给林雄借条一份，载明借到林雄现金4万元，用于资金周转使用，15天－20天内返还。当日，林雄将4万元现金支付给刘存茂。刘存茂主张其系林雄装修工程聘请的设计监理，受委托订购、预付材料款。双方之间不存在借贷关系，款项性质应为代垫材料款。

【案件焦点】

如何区分小额借款与其他法律关系。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：本案争议焦点为原、被告之间是否存在借款合同关系。刘存茂向林雄出具借条，该借条明确载明了借款的具体金额和用途，而林雄亦将4万元现金支付给刘存茂。刘存茂认为讼争款项为材料代垫款，但其提供的证据均为间接证据，仅能表明林雄与刘存茂代表签字的厦门顶创设计装饰有限公司之间存在工程监理合同关系，而不能证明讼争款项的用途，故在没有充

分证据反驳的情况下，借条足以认定原、被告双方的借款关系成立，刘存茂提出的讼争款项系材料代垫款的抗辩主张缺乏证据支持，不予采信。

依照《中华人民共和国合同法》第二百零六条、第二百零七条，《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，判决刘存茂应于本判决生效之日起七日内偿还林雄借款 4 万元并支付逾期还款利息（利息按中国人民银行同期同类贷款利率计算，自 2011 年 7 月 26 日起计至实际还清借款之日止）。

【法官后语】

审判实践中，借据真实性和借款履行情况是确认借贷关系成立的主要事实。然而，小额借款案件，出借人多主张现金交付，如果对方当事人主张系因承揽、建设工程等其他法律关系、以书面借据形式确认欠款，款项支付则无从核实。因此，小额借款与其他基础法律关系的甄别常成为民间借贷案件的难点。本案为典型的小额借款案件，区分小额借款与其他法律关系是纠纷的关键。

笔者认为，区别二者的重点在于审查原、被告之间的基础法律关系是否衍生债务借款。

如何审查判断？首先，正确运用举证责任的一般规则确定客观证明责任。民间借贷具有实践性特征，合同的成立，不仅要有当事人的合意，还要有交付钱款的事实。虽然按照交易习惯小额借款借条即可认定交付钱款事实存在，但因该类借款经常与其他法律关系混杂，所以，在审查借据真实性的同时可适时加重出借人的证明责任，注意核实诸如借据来源、借款用途、付款方式等基本事实；其次，合理运用经验法则、高度盖然性证明标准，必要时可依职权调查取证。小额借款纠纷的关键在于判断证明基础法律关系成立的证据与借贷关系的关联性，而这涉及证据的认定。证据证明力的确定不能简单通过机械规则，而要综合证据与案件事实间的真实性的高低和关联性的强弱在具体案件中考察是否足以认定其他基础法律关系衍生了与当事人主张相关的债务借款。审查时要以查明的当事人法律关系为基础，适时对当事人自认事实依职权审查，真正地查明案件事实、厘清法律关系。

本案中，林雄提供的借条系借款人刘存茂亲笔签名出具的，该借条载明借款的金额、用途，林雄亦将款项以现金形式交付给刘存茂，刘存茂对此均予确认。虽然

当事人均主张现金支付，但法院在审查借贷关系时要求出借人对款项来源作进一步说明，就此林雄提供了银行取款凭证供法院参考。基于前述事实的调查，林雄提供的借据及当事人关于款项往来的陈述足以证明刘存茂确实从林雄那里受领了与借条所载金额相同的借款。刘存茂反驳受领款项非借款性质，并提供装修工程监理合同、协议书、收据等证据证明建设工程合同关系成立。法院对刘存茂提供证据的关联性进行全面审查，并依职权传唤案外人陈奋昭到庭调查。在综合比较当事人的举证认为，刘存茂提供的证据均为间接证据，仅能表明林雄与刘存茂代表签字的厦门顶创设计装饰有限公司之间存在工程监理合同关系，这些证据体现的法律关系及债权主体与本案借款关系的主体、金额不一致，也不能直接证明讼争款项的用途为代垫材料款。所以，在没有充分证据反驳的情况下，林雄提供的借条足以使法官内心形成对借贷关系存在高度盖然性证明标准的确信，故讼争款项应认定为民间借贷的法律关系。

另外，本案林雄并不否认和刘存茂代表签字的厦门顶创设计装饰有限公司存在监理合同关系，林雄现依据借条主张借贷关系是合法合理的，至于工程监理合同中的债权债务未结清，当事人还可以另行协商或诉讼解决，但这与本案借条所体现的借贷关系不属于同一法律关系，不应混同处理。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院　李云

20

无境外就业中介资质公司与他人签订借款合同的处理

——中科投资有限公司诉陈四超、刘珍姣借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第12305号民事裁定书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：中科投资有限公司（以下简称中科公司）

被告（被上诉人）：陈四超、刘珍姣

【基本案情】

陈四超与中科公司于2009年11月12日签订借款合同，合同约定甲方陈四超向乙方中科公司借款，借款用途为支付赴新西兰工作、学习及旅游费用，以甲方个人银行信用卡质押，评估后的价值在人民币3.5万元以上，由甲方将个人证件、材料向银行办理信用卡，然后向乙方办理借款手续；自2009年11月12日开始，由乙方向甲方提供借款；甲方自愿委托新西兰文化公司代为接收雇主付给甲方的全部劳动报酬，将其中一部分归还乙方欠款，剩余部分全额返还甲方作为生活费用，甲方还清乙方欠款后，委托终止；乙方向甲方提供的借款，直接支付给新西兰方，以满足甲方出国的用途，若因乙方原因，借款未能按期足额到位，导致甲方未能达到出国目的，由乙方承担相关直接责任。2009年11月12日，刘珍姣（甲方）与陈四超（乙方）、中科公司（丙方）共同签订担保合同，约定甲方同意为乙、丙方签订2009年11月12日的借款合同以保证方式提供担保；甲方同意就上述借款本金人民币28500元，为乙方向丙方提供担保。陈四超在新西兰工作期间通过新西兰文化公司向中科公司偿还借款折合人民币5810.90元。在该案诉讼前，陈四超已回到国内。

【案件焦点】

对中科公司与陈四超签订的“借款合同”的定性问题。

【法院裁判要旨】

北京市门头沟区人民法院经审理认为：借款合同是指借款人向贷款人提供借款，由借款人到期返还借款并支付利息的合同。借款合同的目的就是由借款人取得所借货币的所有权，借款人不仅有权占有、使用所借货币而且有权处分所借货币。本案中，中科公司虽然主张该公司与陈四超之间为借款关系，否认该公司与中科惠远公司及新西兰文化公司为陈四超提供赴新西兰工作的服务存在任何关系，也表示不清楚本公司是如何与新西兰文化公司取得联系的。但在中科公司、中科惠远公司及新西兰文化公司三方分别与陈四超签订的合同书中却载明了诸如“中科公司将借

款直接支付给新西兰文化公司”、“新西兰文化公司接受借款人所获得的劳动报酬后将其中一部分归还中科公司欠款”、“陈四超向中科公司的借款要按期足额汇入中科公司指定的新西兰文化公司的收款账户”等条款。根据上述合同条款，陈四超不仅无权占有、使用原告主张的35000元款项，对于还款的方式和流程也无权决定。且分析上述三份合同，中科公司、中科惠远公司及新西兰文化公司三方彼此配合、共同保证陈四超完成向中科公司还款义务的事实行为明显与中科公司在庭审中所做出的陈述相互矛盾。因此法院无法采信中科公司关于该公司与陈四超之间系借款合同关系的主张。根据本案现已查明的事实，中科公司与陈四超之间的合同关系不符合借款合同关系的特征，亦无法运用相关法律规范进行裁判。依照《中华人民共和国合同法》第一百九十六条,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十条第一款第（三）项之规定裁定如下：驳回中科投资有限公司的起诉。

中科公司持原审意见提起上诉。北京市第一中级人民法院审理认为：一审法院依据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》于2012年10月12日将本案全部移送至北京市公安局门头沟分局。依据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条之规定，本案应裁定驳回起诉，一审法院依据《中华人民共和国合同法》一百九十六条裁定驳回起诉，属适用法律错误，但一审裁判结果并无不当，一审裁判结果应予维持。综上，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条之规定，裁定如下：驳回上诉，维持原裁定。

【法官后语】

中科公司与陈四超签订的“借款合同”的性质。在处理中存在四种意见。

第一种意见是应认定借款合同成立。因为中科公司与陈四超就借款一事达成合意，并签订了合同。陈四超同意将个人身份证等材料交付他人代办银行存取款等业务、刘珍姣同意为中科公司与陈四超签订的借款合同以保证方式提供担保实际上从客观上证明了双方对借款合同的认可。中科公司已按照约定将35000元交付合同指定的新西兰文化公司，新西兰公司代为接收借款应为代为履行条款，陈四超与新西兰公司之间的咨询、培训关系与借款合同相互独立，不影响借款合同的成立与生效。

第二种意见是不构成借款合同。因为借款合同是借款人向贷款人提供借款，由借款人到期返还借款并支付利息的合同。借款合同的目的就是由借款人取得所借货币的所有权，借款人不仅有权占有、使用所借货币而且有权处分所借货币。本案中，中科公司虽然主张该公司与陈四超之间为借款关系，否认该公司与中科惠远公司及新西兰文化公司为陈四超提供赴新西兰工作的服务存在任何关系，也表示不清楚本公司是如何与新西兰文化公司取得联系的。但在中科公司、中科惠远公司及新西兰文化公司三方分别与陈四超签订的合同书中却载明了诸如“中科公司将借款直接支付给新西兰文化公司”、“新西兰文化公司接受借款人所获得的劳动报酬后将其中一部分归还中科公司欠款”、“陈四超向中科公司的借款要按期足额汇入中科公司指定的新西兰文化公司的收款账户”等条款。根据上述合同条款，陈四超不仅无权占有、使用原告主张的35000元款项，对于还款的方式和流程也无权决定。且分析上述三份合同，中科公司、中科惠远公司及新西兰文化公司三方彼此配合、共同保证陈四超完成向中科公司还款义务的事实行为明显与中科公司在庭审中所做出的陈述相互矛盾。因此法院无法采信中科公司关于该公司与陈四超之间系借款合同关系的主张。根据本案现已查明的事实，中科公司与陈四超之间的合同关系不符合借款合同关系的特征，亦无法运用相关法律规范进行裁判。

第三种意见是应当认定合同无效。因为陈四超与中科公司签订的合同虽然表面上为借款合同，但实际上是中科公司同新西兰文化公司恶意串通，违法从事境外就业中介活动的涉外职业中介合同关系。根据劳动和社会保障部、公安部、国家工商行政管理总局联合颁布的《境外就业中介管理规定》，“境外就业中介实行行政许可制度。未经批准及登记注册，任何单位和个人不得从事境外就业中介活动。”本案中，中科公司不具备境外就业职业介绍的资质，其与陈四超签订借款合同的目的就是为了将陈四超介绍到新西兰工作，进行涉外劳务输出，并非为了借款，此种情形应属《合同法》第五十二条规定的“以合法形式掩盖非法目的”，应认定为无效。

第四种意见是此案可能涉及经济犯罪。因为中科公司无境外就业中介资质，在调查中发现，中科公司可能通过以借款合同形式进行非法境外就业介绍工作，且与本案同类情况者不只一例。因此，依据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条规定“人民法院作为经济纠纷受理

的案件，经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关。”

本案一审将第一种意见与第四种意见结合，依据《合同法》第一百九十六条裁定驳回起诉，同时将案件移送公安机关。二审采纳第四种意见，认为应依据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条裁定驳回起诉，同时将案件移送公安机关。本文认为第四种意见更为可取。

编写人：北京市门头沟区人民法院　徐春泳　齐志超

21

如何确定涉外民事案件的准据法

——唐某诉唐甲民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江西省高级人民法院（2012）赣民四终字第9号民事判决书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：唐某

被告（上诉人）：唐甲

【基本案情】

唐某与唐甲均系奥地利国籍。唐甲先后向唐某借款共计500万元，并于2010年6月7日向唐某出具借条：我唐甲向唐某借伍佰万元人民币，还款时间由双方商定。该借条系在抚州奥华公司形成。唐甲出具借条后，唐某多次向唐甲主张债权，唐甲至今未归还借款，故唐某诉至法院，要求唐甲归还借款500万元并赔偿损失100万元。唐某和唐乙系夫妻。唐甲自2010年4月后十次转款44万元给唐乙。唐甲享有南昌市绿地中央广场某房屋的产权。

【案件焦点】

1. 本案应适用的准据法是奥地利法还是中国法；2. 唐甲向唐某借款500万元的构成是借款还是部分是委托投资款。

【法院裁判要旨】

江西省南昌市中级人民法院经审理认为：本案案由为民间借贷纠纷，属于合同纠纷，因唐甲在江西省南昌市有可供扣押的房产，故该院对本案依法具有管辖权。因借条系中文打印，且借款系人民币，故本案应适用与合同有最密切联系的国家的法律，应适用中国法律作为准据法。唐甲向唐某借款500万元的事实，证据充分，应予确认。唐甲向唐某出具了借款金额为500万元的借条一张，同时唐甲并未提供证据证实其中450万元系唐某委托投资款，故唐甲关于借款实系委托投资款的辩解不成立，不予支持。唐甲提出其已归还44万元，而该44万元均系唐甲分十次转账给唐乙，且其中两笔转款时间在借条出具前，唐乙与唐某虽然系夫妻关系，但鉴于唐乙与唐甲系兄弟关系，故唐甲称该44万元系归还唐某的借款证据不足，不予支持。故唐某凭借唐甲出具的借条向唐甲主张还款合理合法，予以支持。但因借条未载明还款期限且未约定利息，故唐某要求唐甲赔偿利息损失100万元的诉请，不予支持。

江西省南昌市中级人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第九十条、第一百四十二条、第一百四十五条，《中华人民共和国合同法》第六十条、第二百一十一条，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十五条、第二百四十一条之规定，作出如下判决：

一、唐甲于该判决生效后十日内返还唐某人民币500万元。

二、驳回唐某其他诉讼请求。

唐甲持原审答辩意见提起上诉。

江西省高级人民法院经审理认为：本案当事人唐甲、唐某虽均为奥地利籍华人，但本案借款合同系在我国境内签订，合同主要义务的履行地在我国境内，依照最密切联系原则，相较其他国家法律，中华人民共和国法律与本案联系最为密切，故本案应适用中华人民共和国法律为准据法。被上诉人唐某与唐乙系夫妻关系，但本案借条的相对方为被上诉人唐某与上诉人唐甲，唐乙并非本案借条的相对方。唐乙虽对被上诉人唐某的债权享有共同权利义务，但在一审中被上诉人唐某系作为原

告起诉主张权利，唐甲作为被告亦未对唐乙提起反诉，本案系解决被上诉人唐某与上诉人唐甲债权债务关系之诉，上诉人唐甲如与唐乙有其他债权债务关系可在另案中通过诉讼解决。上诉人唐甲上诉称500万元借款共有三部分：入股抚州奥华公司300万元，出借给抚州奥华公司150万元，其他借款部分50万元，因此对该借款的构成，上诉人唐甲有责任提供证据加以证明。其向法院提交的证据材料不能证明上诉人唐甲向被上诉人唐某借款500万元的资金情况，上诉人唐甲应依法承担举证不能的法律后果。上诉人唐甲在一审提交的证据只能证明唐甲、唐乙的资金往来情况，唐甲、唐乙的债权债务关系亦可另案解决。

江西省高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案系涉外民间借贷纠纷，涉及的主要法律问题是准据法的选择、证明责任及是否应当追加当事人等。

关于准据法的问题。我国司法实践中，准据法是指根据我国法律关于处理某一涉港、涉澳、涉台或涉外民商事关系应当适用何种法律的规定而确定的用以解决该民商事争议的具体的实体法规则。本案双方当事人为奥地利籍华人，双方为借款合同关系，依照我国法律规定，当事人可以协议选择合同适用的法律，但双方在本案一审法庭辩论终结前，并未就准据法的确定达成一致。据此，依照《涉外民事关系法律适用法》第四十一条之规定，应当适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律为准据法。所谓“最密切联系”，是指合同应当适用的法律是合同在经济意义或其他社会意义上集中地定位于某一国家或地区的法律。本案合同系在中国境内订立，采用中文书写，借款金额采用中国法定货币人民币计算；虽然双方对争议款项的性质有争议，但对该款项主要用于在中国境内的投资、消费等经济活动一事均不持异议，故根据最密切联系原则选择中华人民共和国法律为本案准据法，是完全正确的。

关于证明责任的问题。本案为民间借贷纠纷，系合同纠纷，依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《规定》）第二条和第五条的规定，

应当由原告举证证明借贷关系成立以及自己履行了向被告给付借款的义务。围绕本案标的500万元款项，双方存在两项争议：其一为该笔款项是否全部为借款，其二为该笔借款是否已部分归还。关于第一项争议，原告提交的证据为被告向原告出具的借据，证明双方之间存在借贷关系且给付了借款，被告对此并未做出反驳，且认可从原告处取得了500万元，构成了诉讼法上的自认，据此可以认定双方当事人之间民间借贷关系成立，原告作为出借人已经履行了自己的合同义务。被告主张所取得的款项部分为委托投资款，部分为原告借给案外人抚州奥华公司的借款，但其所提交的证据中并无投资授权委托书、案外人与原告订立的借款合同等直接证据，亦无有足够证明力的由间接证据形成的证据链，故其主张因证据不足，当承担证明不能的不利益后果。关于第二项争议，依照《规定》第五条第二款的规定，应当由被告承担举证责任。被告主张其已经分十次归还部分借款，但根据其所提交的证据材料，其第一次和第二次转款均发生在借条签字日之前，且十次转款均发生在被告与原告丈夫唐乙之间，并非直接还款给原告。虽然唐乙与原告系夫妻，但被告与唐乙系兄弟，且被告与唐乙均为奥地利华商，被告未能提出其他证据佐证其与唐乙的资金往来与本案的关联性。原告对被告关于已经部分归还借款的答辩意见不予认可。因此，本案借款是否已经部分归还，处于证据法上所说的真伪不明状态。在此情况下，负有证明责任一方应当承担举证不能的不利益后果。

关于追加当事人的问题。当事人追加，是指在诉讼过程中，受诉法院发现必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼时，通知该当事人参加诉讼的制度。这种追加，可以是法院依职权追加；也可以是当事人申请，法院经审查后予以追加。本案中，被告主张追加原告的丈夫唐乙为当事人参加诉讼，人民法院就应当进行审查，确认是否需要追加唐乙为本案当事人。本案借贷关系发生在原告与被告之间，原告出借的款项究竟来源于夫妻共同财产还是个人财产，难以查明；因夫妻之间相互构成夫妻表见代理关系，即使出借的款项为夫妻共同财产，原告向被告主张财产权利，不仅不会损害唐乙的合法权益，而且是对夫妻共同财产的维护；本案事实清楚，证据充分，唐乙不参与本案诉讼，并未造成本案事实难以查明或纠纷不易解决；被告所述与唐乙之间发生的资金往来，其标的额与本案涉诉标的额不同，在发生时间上亦与本案有矛盾之处，且该资金往来并未涉及本案原告，诚如二审法院之认定，被告与唐乙之间的争议与本案系不同的法律关系，可另案处理。由此可知，

被告申请追加当事人，理由不充分，人民法院予以驳回是正确的。

编写人：江西省南昌市中级人民法院　马龙

22

涉港债权转让仍需履行通知债务人义务

——佛山市顺德区东骏投资诉中国银行股份有限公司佛山高明支行借款担保合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省佛山市中级人民法院（2010）佛中法民四初字第40号民事判决书

2. 案由：借款担保合同纠纷

3. 当事人

原告：佛山市顺德区东骏投资有限公司（以下简称东骏公司）

被告：中国银行股份有限公司佛山高明支行（以下简称高明中行）

【基本案情】

香港沛明公司于1989年3月22日成立，2003年2月19日被香港高等法院颁令强制清盘，并于2007年5月7日依法解散。2009年8月4日，香港中成公司（自动清盘中）、东骏公司、杨国梁（中成公司清盘人）签订一份《债权购买和出售协议书》，约定：1995年5月10日，中成公司与沛明公司（已告解散）订立了编号为F-95007的《贷款协议书》，约定由中成公司出借资金港币1500万元给沛明公司作业务经营短期周转资金之用，贷款期限为从用款日起计60天，利息和手续费合计港币60万元整。高明中行作为担保人并于当日向中成公司出具了编号为F-95007的《不可撤销担保书》，担保金额为港币1500万元和贷款项下所发生的贷款利息和费用。1995年5月24日，中成公司依约将1500万元贷款付予沛明公司。1995年6月25日，中成公司就沛明公司“至今没有归还贷款人任何款项”事宜与

沛明公司签订了《贷款逾期还款协议》，协议确认沛明公司除应归还中成公司于到期日之本息港币1545万元外，到期日（1995年7月23日）后逾期利息按年息25%计至1996年7月23日止，共为港币19312500元，沛明公司与高明中行保证在1996年7月23日前分二期全部归还，高明中行作为担保人在《贷款逾期还款协议》上签字盖章。直至本协议签订日，沛明公司没有偿还任何贷款本息，高明中行也没有履行担保责任。现中成公司同意以本协议规定的前提和条件将债权出售并转让给东骏公司，东骏公司同意受让。转让价款为港币180万元。东骏公司全额支付余款后，中成公司应向东骏公司提供其现持有的全部有关债权的文件、资料、档案，包括但不限于以转让协议附件三及四格式出具的债权转让书、债权转让通知。关于本协议的法律适用，确定由香港特别行政区法律管辖并依照特别行政区法律解释。

根据香港陈聪枋大律师所出具的法律意见，香港普通法的合约，包括转让合约，必需要有双方交换法定认许的代价，才可有法律效应，如转让的债权和转让交易的价格。转让合同的效力，无需取决于债务人的认许，或给予债务人的通知。如转让没取得债务人的认许，也没有给予债务人通知，根据衡平法，合同也依然有效。但如这类情况最终牵涉诉讼，香港的诉讼程序法必需要受让人加添出让人成为第二原告或第二被告（如出让人不和受让人合作）。如转让双方的转让行为取得债务人的认许，或没有取得债务人的认许，但债务人有被通知转让，合约同样地依然有效。在该法律意见书所附的《香港合约法纲要》（罗德立主编、王贵国中文主编，北京大学出版社于1995年7月出版）中，对“合约的转让”相关法律制度予以了介绍：“普通法不承认合约的转让。《法律修订及改革（合并）条例》第九条规定，只有转让是绝对的、并以书面形式作出的而且已由转让人签署的情况下，转让人才可以将合约的全部权利，包括以承让人的名义就违约行为提起诉讼的权利，有效地转让给承让人。其他当事人应获得一份转让的书面通知。如果转让不符合成文法的要求，承让人可根据平衡法起诉，请求强制执行权利的转让，但其必须与转让人共同作为原告，或者（如果转让人拒绝作为共同原告）将转让人作为共同被告。”前述《法律修订及改革（合并）条例》第九条相关规定如下：“任何债项或其他的法律据法权产的绝对转让，如由转让人籍亲笔签署以书面形式作出（其意并非是只以押记形式作出），并已就该项绝对转让向转让人本可有权向其收取或申索

该等债项或据法权产的债务人、受托人或其他人，给予明确的书面通知，则该等绝对转让须在法律上具有效力并须当作为在法律上具有效力（但须受假若并无制定本条、本条例第十一条及《物业转易及财产条例》（第二百一十九章）第二十五及四十五条时，所有本可享有优先于承让人的权利的衡平法上的权益所规限）将该等债项或据法权产的法律权利、所有法律或其他的补救方法和确认其妥为清偿的权力，由该通知的日期起转移和转让而无须转让人的赞同……"

【案件焦点】

根据我国香港地区法律，东骏公司受让涉案债权是否已对债务人发生效力。

【法院裁判要旨】

广东省佛山市中级人民法院经审理认为：原中成公司与东骏公司所签订的债权转让合同约定了“由香港特别行政区法律管辖并依香港特别行政区法律解释”，且诉讼中东骏公司也坚持选择了适用香港特别行政区法律，经审查，该债权转让合同未存在违反内地法律禁止性规定的内容，故确定香港特别行政区法律为本案债权转让合同关系的准据法。根据东骏公司于2009年8月4日与中成公司签订的《债权购买和出售协议》的约定，东骏公司以港币180万元为转让价款，受让原中成公司对原沛明公司享有的相关债权。而香港陈聪枋大律师法律意见书及其所附法律摘要内容反映，香港法律对合约转让行为效力的规定有以下几个层面的含义：1. 普通法不承认合约的转让；2. 成文法即《法律修订及改革（合并）条例》第九条规定了合法的转让只有是绝对的、并以书面形式作出的而且已由转让人签署，且转让人可以将合约的全部权利有效地转让给承让人的情况，而且其他当事人应获得一份转让的书面通知。即转让协议的签订仅对转让双方发生效力，而要对债务人发生效力，必须事先书面通知债务人；3. 如果转让不符合成文法的要求，受让人可根据衡平法起诉，请求强制执行权利的转让，但其必须与转让人共同作为原告，或者（如果转让人拒绝作为共同原告）将转让人作为共同被告。此类情形实质上是指债务人不确认受让人的权利地位，拒绝向其履行义务。受让人只有求助于香港衡平法诉讼制度，将转让人列为同一案件的当事人，其诉讼效果也是通过法院的诉讼程序与转让人一起共同通知债务人有关转让事宜。故综上分析，根据香港法律制度，有关债权转让对债务人发生效力，均是以债务人获得转让通知为前提。本案中，东骏

公司与中成公司所签订的债权转让协议也约定了中成公司应向东骏公司提供包括债权转让通知在内的文件，即债权转让双方是明确知道负有通知债务人有关转让事宜的义务的。东骏公司与中成公司所签订的债权转让协议也约定了中成公司应向东骏公司提供包括债权转让通知在内的文件，即债权转让双方是明确知道负有通知债务人有关转让事宜的义务的。东骏公司未能提供有效证据证明在与中成公司签订了债权转让协议后，转让人或受让人履行了书面通知债务人（包括主债务人和担保人）的义务，也没有证据证明曾在香港寻求过衡平法诉讼制度对未书面通知债务人情形的司法救济，故根据上述香港法律制度的规定，其受让涉案债权的行为对债务人不产生法律效力。东骏公司请求高明中行清偿原沛明公司拖欠的债务，缺乏理据，不予支持。

广东省佛山市中级人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百四十五条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条第一款及第二款的规定，作出如下判决：

驳回原告佛山市顺德区东骏投资有限公司的诉讼请求。

【法官后语】

涉案借款行为、债权转让行为等关键事实均发生在香港，故本案属涉港商事案件。审理的重点在于准据法的准确确定与正确适用法律认定东骏公司是否有效受让了涉案债权。根据债权转让协议的约定，该法律关系应适用香港法律审查，当事人在诉讼中并未变更该准据法的选择，且该约定未存在违反内地法律禁止性规定的内容，故人民法院确定了香港特别行政区法律为本案债权转让合同关系的准据法。诉讼中，当事人对香港法律有关债权转让的法律规定和司法实践进行了举证，人民法院据此查明香港法律的相关规定，认为无论是根据香港成文法制度还是衡平法制度，债权转让是否对债务人发生效力，均以债务人获得转让通知为前提。而东骏公司在明知有此法定义务的情况下，未能提供有效证据证明转让人或受让人已通知债务人债权转让事宜，其受让涉案债权的行为对债务人不产生法律效力。据此，人民法院驳回其诉讼请求。

编写人：广东省佛山市中级人民法院　陈治艳

23

在送达《借款催收通知书》的收件上签字是否视为在催收到期贷款通知单上签字

——岳池县农村信用合作联社诉屈国成借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

四川省广安市岳池县人民法院（2012）岳池民初字第332号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告：岳池县农村信用合作联社

被告：屈国成

【基本案情】

被告屈国成于1987年6月26日、7月20日两次向原告同兴信用合作社借款45000元、100000元，但原、被告双方未签订借款合同。屈国成仅在《乡信用合作社农贷放款账》盖了私人印鉴即取得款项，从1987年12月24到1991年12月22日，屈国成陆续还款33500元。2011年8月12日，同兴信用合作社以特快专递向屈国成邮寄送达《借款催收通知书》，屈国成在邮件上签收。2011年12月20日，同兴信用合作社向岳池法院提起诉讼，要求被告屈国成归还余下欠款及利息。屈国成认为从借款日至今已逾24年，以本案已过诉讼时效为由拒付。同兴信用合作社以《最高人民法院关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》为法律依据主张权利。即对超过诉讼时效期间，信用社向借款人发出催收到期贷款通知单，债务人在该通知单上签字或者盖章的，应当视为对原债务的重新确认，故认为本案债权债务关系应受法律保护。

【案件焦点】

在送达《借款催收通知书》的邮件上签字是否视为在催收到期贷款通知单上签字?

【法院裁判要旨】

四川省广安市岳池县人民法院经审理认为:《最高人民法院关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》中规定:“根据《中华人民共和国民法通则》第四条、第九十条规定的精神,对于超过诉讼时效期间,信用社向借款人发出催收到期贷款通知单,债务人在该通知单上签字或者盖章的,应当视为对原债务的重新确认,该债权债务关系应受法律保护。”该批复规定借款人在上述通知单上签章的行为视为对原债务的重新确认,产生诉讼时效重新计算(中断)的法律后果。催款通知书是债权人向债务人发出的催告文书,是用以证明主张权利的一种手段,催款通知书具有一定格式性质,因其内容简短、易懂、适合邮寄及携带已被各金融机构采用,在证明主张权利、恢复诉讼时效等方面起到了不可估量的作用。但本案中“邮件”本身无催收逾期贷款的意思表示,屈国成的签收不能表明其有偿还欠款的意思表示,更不能表明双方已就涉案款项达成新的还款协议,该行为不是催收到期贷款的行为,不符合《最高人民法院关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或盖章的法律效力问题的批复》的规定,不能视为对已超过诉讼时效期间的涉案债务的重新确认。据此,依照《中华人民共和国民法通则》第一百三十七条和《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干意见(试行)》第169条的规定,判决如下:

驳回原告岳池县农村信用合作联社的诉讼请求。

【法官后语】

无论是超过诉讼时效期间当事人达成还款协议还是债务人在逾期贷款催收文书上签收,其着眼点均在于双方对超过诉讼时效的债务进行了重新确认。借贷双方对逾期债务进行重新确认,是一个双方法律行为,只有双方对履行原债务达成一致,符合合同的成立要件,才能认定为成立了一个新合同。对原债务的重新确认,一般应具备以下条件:第一,债权人行使债权请求权应有明确的催收表示,应结合文书的名称和内容综合判断;第二,逾期催款通知应得到债务人的认可和同意,有愿意

继续履行的意思表示。法律设置诉讼时效制度的目的，是督促权利人及时行使权利，也是交易安全和快捷的基本要求。在送达《借款催收通知书》的邮件上签字，“邮件”本身无催收意思，而银行等金融机构催收贷款一般都用固定格式的催款通知单或催收逾期贷款通知单。债务人屈某在“邮件”上签署其姓名，不同于普通的签字或盖章行为，一是其对邮件里面的借款催收通知书所列本金和利息的数额是否认可，意思表示不清楚；二是在邮件上的签名反映了债务人接收邮件的客观事实，但推断不出其有同意继续履行债务的意思。因此，债务人在没有催收内容的“邮件”上的签收行为，不能认定为债权人和债务人就原债务的履行进行了重新确认。

编写人：四川省广安市岳池县人民法院西溪法庭　董里

24

轮候执行同一财产并不会损害先申请执行人的利益

——广东卓伟经济发展有限公司申请执行广州市华纳房地产开发有限公司等借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省茂名市中级人民法院（2012）茂中法执异字第28号执行裁定书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

申请执行人：广东卓伟经济发展有限公司（以下简称卓伟公司）

被执行人：广州市华纳房地产开发有限公司（以下简称华纳公司）、广州市三华商业建设开发有限公司（以下简称三华公司）、广州希宏贸易有限公司（以下简称希宏公司）

案外人：广州市永安西村百货有限公司（以下简称永安西村百货公司）、广州市永安百货集团有限公司（以下简称永安百货公司）、广州市荔湾蔬菜食品有限公

司（以下简称荔湾蔬菜公司）、广州市荔湾区糖烟酒副食品公司（以下简称荔湾烟酒公司）、广州市荔湾区饮食服务公司（以下简称荔湾饮食公司）

【基本案情】

由于广州希宏贸易有限公司、广州市华纳房地产开发有限公司、广州市三华商业建设开发有限公司一直未履行（2011）茂中法民二初字第3号民事调解书确定的义务，广东卓伟经济发展有限公司向茂名中院申请立案执行，茂名中院于2011年12月30日立案执行。在执行过程中，茂名中院作出（2012）茂中法执字第5-3号执行裁定书，裁定对广东三元麦当劳公司（以下简称麦当劳公司）应支付香宝兰公司、香宝兰公司应支付尚欠华纳公司的每月租金6.16万元进行扣留。案外人不服，向茂名中院提出异议，认为上述裁定书严重侵犯案外人财产权利，且裁定书第二项所称租金是现荔湾法院正在执行的香宝兰公司尚欠案外人的租金，因此，请求法院依法撤销上述执行裁定书。

茂名中院受理后，依法进行审查，并于2012年9月26日组织三方进行听证。茂名中院查明2000年11月10日，广州市华纳房地产开发有限公司将环市西路54号的地下层816平方米租赁给广州市香宝兰贸易有限公司（以下简称香宝兰公司），2001年4月28日香宝兰公司将54号的地下层一部分690平方米的建筑面积租赁给麦当劳公司。以上均签订有租赁合同。荔湾法院现正执行麦当劳公司的租金给案外人。

【案件焦点】

被执行人的预期收益是否属于法院的执行范围；不同法院能否分别裁定执行同一财产，申请执行人能否对后作出执行裁定的法院提出执行异议。

【法院裁判要旨】

广东省茂名市中级人民法院经审理认为：麦当劳公司从香宝兰公司转租经营的房屋，是位于54号地下层的一部分，该物业是香宝兰公司与华纳公司于2000年11月10日签订的租赁合同租来的，该物业全应属华纳公司，华纳公司享有租金收益的权利，本院裁定扣留麦当劳公司应支付的租金是合法的。异议人提出该租金是现荔湾法院正在执行的香宝兰公司尚欠异议人的租金。不同法院对该租金执行，可以根据先后予以实施执行，是符合法律规定的，对异议人并无损害。因此，异议人对

5-3号执行裁定书裁定主文第二项的异议请求，理由不成立，予以驳回。并依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条的规定，于2012年11月20日作出（2012）茂中法执异字第28号执行裁定书，裁定驳回了案外人提出的异议。

【法官后语】

本案争议的焦点是：法院能否裁定扣留被执行人的预期收益？不同法院分别裁定执行同一财产的，是否会损害先申请执行人的利益？

1. 裁定执行被执行人逾期收益的法律依据，现行《民事诉讼法》第二百四十三条规定，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必须费用。人民法院扣留、提取收入时，应当作出裁定，并发出协助执行通知书，被执行人所在单位、银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位必须办理。由于被执行人华纳公司一直未履行生效法律文书确定的义务，卓伟公司向茂名中院申请立案执行，茂名中院查明麦当劳公司从香宝兰公司转租经营的房屋，是位于54号地下层的一部分，该物业是香宝兰公司与华纳公司于2000年11月10日签订的租赁合同租来的，该物业全应属华纳公司，华纳公司享有租金收益的权利，即该租金属于华纳公司的收入。因此，根据《民事诉讼法》第二百四十三条规定茂名中院裁定扣留该租金是符合法律规定的。

2. 对于被执行人华纳公司，由于华纳公司未按执行通知履行法律文书确定的义务，根据民事诉讼法规定，法院有权查封、拍卖、扣押、冻结、划拨、变价、提取属于被执行人的财产，这些财产包括被执行人的房屋、土地、存款、债券、股票、基金及其收入等，当被执行人的财产有多种但都不足以支付法律文书确定的义务时，法院应该执行被执行人的全部财产。由于法院查明麦当劳公司缴交的租金属于华纳公司的财产，且华纳公司一直为履行法律文书确定的义务，因此，茂名中院裁定扣留属于华纳公司的租金并不会损害被执行人华纳公司的利益。

3. 对于案外人，虽然案外人在执行过程中提出已先申请荔湾法院作出执行裁定执行麦当劳公司租金给案外人，但是茂名中院裁定对该租金予以扣留并不会损害案外人利益。因为，如果麦当劳公司缴纳的租金超出案外人在荔湾法院申请的执行标的，剩下的部分则可被茂名中院执行，这样并不会损害案外人的利益；如果麦当

劳公司缴纳的租金不足以支付案外人在荔湾法院申请的执行标的，茂名中院作出扣留该租金的执行裁定并不会实际发生作用，因此，也不会损害案外人的利益。

4. 对于申请执行人，由于茂名中院查明被执行人的全部财产不足以支付法律文书确定的义务，也查明被执行人的部分财产已被其他法院先作出执行裁定，这时，茂名中院作出裁定对同一财产执行，有利于保护申请执行人的利益。因为，虽然该财产也被其他法院裁定先予执行，但不排除该财产有余额可供执行，并且如果先予执行的法院执行完毕后，就可以轮候由后作出执行裁定的法院执行了，这样有利于保护申请执行人的利益。

因此，被执行人的逾期收益也应属于法院的执行范围；轮候执行同一执行财产并不会损害先申请执行人的利益，先申请执行人不能据此对后作出执行裁定的法院提出执行异议。

编写人：广东省茂名市中级人民法院　潘伟东　崔伟连

25

金融不良债权转让诉讼时效中断的认定

——徐桂秋诉大连春柳副食品公司、大连民勇集团股份有限公司借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

辽宁省大连市中级人民法院（2012）大民三终字第193号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：徐桂秋

被告（被上诉人）：大连春柳副食品公司（以下简称春柳食品）、大连民勇集团股份有限公司（以下简称民勇集团）

【基本案情】

2004年10月26日，中国工商银行大连沙河口支行与被告春柳食品签订了《流动资金借款合同》，约定工行向第一被告春柳食品提供贷款人民币2380000元，第二被告民勇集团为第一被告的上述债务提供连带保证，并于2004年10月26日与工行签订了《保证合同》。合同签订后，工行于2004年10月26日依约履行了放款义务，第一被告收到2380000元贷款，但该借款到期后第一被告一直未能偿还本金及利息。

2005年11月15日，工行（甲方）与中国东方资产管理公司（大连）办事处（乙方）签订《债权转让协议》将上述债权转让给东方公司。2007年6月27日，东方公司与GL Asia Mauritius Ⅱ Ltd.（GL亚洲毛里求斯第二公司）签订《单户资产转让协议》将上述债权转让给GL公司。2009年6月18日，GL公司以特快专递方式向被告民勇集团邮寄了债权催收通知，该通知于2009年6月19日签收。

2009年6月19日，GL公司作为案涉债权受让人在辽宁日报上发布了《债权催收暨招商公告》，该公告中列有被告春柳食品案涉借款本金余额人民币238000.00元及担保人民勇集团。2011年1月12日，GL公司与张晓棠签订了《债权转让协议》，将上述债权及担保权利转让给张晓棠。2011年3月11日，GL公司以邮寄的形式向二被告发出《义务人通知》，告知二被告GL公司与张晓棠债权转让的事宜。经查，邮寄给第二被告的邮件已签收。2011年5月10日，张晓棠与原告签订了《债权转让协议》，将上述债权及担保权利转让给原告。2011年5月11日，原告以邮寄的形式向二被告发出《义务人通知》，告知二被告张晓棠与原告债权转让的事宜。经查，邮寄给第二被告的邮件投递并签收。

原告徐桂秋诉请被告春柳食品给付借款本金及逾期利息，并要求被告民勇集团承担连带责任。被告春柳食品、民勇集团均不同意原告的诉讼请求，主要观点是：中国工商银行大连沙河口支行将案涉债权转让后，二被告从未收到债权转让通知，原告的诉请已超过诉讼时效期间。

【案件焦点】

本案的焦点问题是上诉人诉请的主债权及担保债权是否已过诉讼时效。

【法院裁判要旨】

辽宁省大连市中级人民法院经审理认为：工行与东方公司于2005年11月15

日签订的《债权转让协议》、东方公司与GL公司签订的《单户资产转让协议》、GL公司与张晓堂于2011年1月12日签订的《债权转让协议》及张晓棠与上诉人徐桂秋于2011年5月10日签订的《债权转让协议》均系各方当事人的真实意思表示，且每次债权转让均或以在辽宁日报上发布债权转让通知暨催收公告或以特快专递方式向二被上诉人邮寄送达债权转让及催收通知的形式向二被上诉人告知债权转让事宜并对债权进行了催收，根据《合同法》第八十条的规定，上述债权转让均合法有效。据此，应当认定上诉人徐桂秋现为案涉债权的最后受让方，徐桂秋有权要求二被上诉人偿还欠款本金238万元及相应利息。

本案的焦点问题是上诉人诉请的主债权及担保债权是否已过诉讼时效。本案案涉债权历经四次转让，案涉债权受让人分别于2005年11月16日、2007年6月23日、2007年8月15日、2009年6月19日在辽宁日报上发布债权转让通知暨催收公告，又分别于2009年6月18日、2011年3月11日、2011年5月11日向二被上诉人邮寄送达了债权转让及催收通知，根据《中华人民共和国民法通则》第一百四十条的规定，"诉讼时效因当事人一方提出要求而中断"，另根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第十条的规定，当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的，应当认定为《民法通则》第一百四十条规定的"当事人一方提出要求"，产生诉讼时效中断的效力。故依照上述法律及司法解释的规定，案涉主债权及担保债权应自债权受让人向二被上诉人催收债权时起产生诉讼时效中断的效力，故上诉人徐桂秋于2011年5月16日就本案提起诉讼，并未超过诉讼时效期间，原审法院认定案涉主债务诉讼时效期间届满并据此驳回上诉人对二被上诉人的诉讼请求系认定事实不清，判决结果不当，应予纠正。

综上，原审法院认定事实错误，适用法律不当，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款（三）项之规定，判决如下：一、撤销大连市沙河口区人民法院（2011）沙民初字第2034号民事判决；二、被上诉人大连春柳副食品公司于本判决生效之日起三十日内给付上诉人徐桂秋欠款2380000.00元及利息552430.58元，共计2932430.58元；三、被上诉人大连民勇集团股份有限公司对被上诉人大连春柳副食品公司的上述欠款本金及利息承担连带清偿责任。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二

百二十九条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费30260元，二审案件受理费30260元共计60520元（上诉人均已预交），由被上诉人大连春柳副食品公司、大连民勇集团股份有限公司共同负担（给付时间同上）。

【法官后语】

金融不良资产的处置，涉及企业重大经济利益，事关国有资产保护，事关职工利益保障和社会稳定，此类纠纷案件具有较强政策性，人民法院必须服从和服务于国家对整个国民经济稳定和国有资产安全的监控，从中央政策精神的目的出发，以民商事法律、法规的基本精神为依托，本着规范金融市场、防范金融风险、维护金融稳定、保障经济安全的宗旨，依法公正妥善地审理此类纠纷案件，确保国家经济秩序稳定和国有资产安全。人民法院必须高度重视此类案件，并在审理中注意坚持保障国家经济安全原则、维护企业和社会稳定原则、依法公正和妥善合理的原则，坚持调解优先、调判结合的原则。本案即系因金融不良债权转让产生的纠纷，争议的焦点就是原告的请求是否超过诉讼时效。诉讼时效中断是指在诉讼时效进行期间，因发生一定的法定事由，使已经经过的时效期间统归无效，待时效期间中断的事由消除后，诉讼时效期间重新计算。我国《民法通则》第一百四十条规定："诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。"该条规定了引起诉讼时效中断的三种事由：权利人向对方提出要求履行义务；义务人同意履行义务；权利人提起诉讼。在上述引起诉讼时效中断的三种事由中，如何认定当事人提出的要求以及当事人应如何举证，是司法实践中经常遇到的难题。本案中，债权人按照合法的形式及时履行了债权转让的通知义务，更重要的是在各段有效诉讼时效期间内，各债权人均以合法的形式向债务人主张了债权，从而产生了诉讼时效中断的法律效果，为债权的最终实现提供了条件。

编写人：辽宁省大连市中级人民法院　林荣峰

二、保证

26

国家机关担保致担保合同无效如何承担责任

——连云港市晶都咨询担保有限公司诉东海县山左口乡人民政府等担保追偿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省连云港市东海县人民法院（2012）东商初字第1077号民事判决书

2. 案由：担保追偿纠纷

3. 当事人

原告：连云港市晶都咨询担保有限公司（以下简称晶都担保公司）

被告：周井明、王连英、东海县山左口乡左庄花卉生产专业合作社（以下简称花卉合作社）、东海县山左口乡人民政府

【基本案情】

2009年6月9日，被告东海县山左口乡人民政府向原告晶都担保公司出具《承诺函》，承诺为被告东海县山左口乡左庄花卉生产专业合作社及其会员（包括被告周井明）的贷款本息提供连带保证责任。2009年7月25日，原告晶都担保公司与被告周井明签订了《贷款担保合同》，原告为被告周井明（王连英系其妻子）在江苏银行贷款4万元提供担保，合同约定如被告周井明违约，则应支付原告担保金额的每日0.5‰的违约金。同日，原告晶都担保公司与被告花卉合作社签订《保证反

担保合同》，合同约定被告花卉合作社为该贷款提供保证反担保，保证期限为晶都担保公司履行担保义务而向贷款人代偿完毕所有债务后两年为止，保证范围为全部债务，保证责任为连带责任保证。同日，被告周井明与江苏银行签订《个人借款合同》，约定被告周井明向江苏银行借款4万元，利息为月利率5.08875‰，罚息为贷款到期执行的利息加收50%计收罚息，借款期限自2009年9月9日起至2010年9月9日，还款方式约定到期一次性还本付息。同日，原告晶都担保公司与江苏银行签订了《保证担保合同（个人版）》一份，约定原告为被告周井明向江苏银行借款4万元提供担保，保证内容是保证人无条件为债务人在主合同下所欠债权人的全部债务提供连带责任保证担保。保证范围为合同项下的全部债务。全部债务包括贷款本金、利息、复利、罚息、手续费、违约金、律师费等。被告周井明只偿还部分借款，未按约定还款付息。2010年11月29日，江苏银行划扣原告晶都担保公司的保证金41355.29元用于偿还被告周井明的欠款。被告周井明尚欠原告晶都担保公司借款本息41355.29元、违约金（按担保额4万元的每日0.5‰计算从2010年11月29日起算至借款本息还清之日止）及律师代理费2374元。

【案件焦点】

国家机关作为保证人导致担保合同无效，应该如何承担责任。

【法院裁判要旨】

江苏省连云港市东海县人民法院经审理认为：一、原告晶都担保公司在向江苏银行履行保证责任后，依法享有向债务人被告周井明追偿的权利。该债务用于生产经营，且产生于夫妻关系存续期间，根据法律法规的规定，应当认定为夫妻共同债务。故原告晶都担保公司要求被告周井明、王连英偿还担保借款41355.29元及律师费2374元的诉讼请求，本院依法予以支持。根据《中华人民共和国担保法》的相关规定，原告只有承担保证责任后，才能向债务人追偿，故原告要求被告周井明、王连英承担的违约金应从2010年11月29日起按照担保额4万元每日0.5‰计算，且违约金的总额不得超过担保总额的30%。二、被告花卉合作社与原告晶都担保公司签订的《保证反担保合同》，系合同双方当事人真实意思表示，合法有效。原告晶都担保公司在承担了保证责任后，被告花卉合作社作为反担保人应当向原告晶都担保公司承担约定的保证责任。三、根据《中华人民共和国担保法》的规定，

国家机关不得作为保证人。被告东海县山左口乡人民政府与原告晶都担保公司达成的承诺书无效。原告晶都担保公司未尽审查义务，被告东海县山左口乡人民政府明知不能担保而为之，原、被告对此均有过错。根据相关规定，主合同有效而担保合同无效，债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。被告花卉合作社承担保证责任后，可向债务人周井明、王连英追偿。被告东海县山左口乡人民政府在承担赔偿责任后，可向周井明、王连英追偿。

江苏省连云港市东海县人民法院依照《中华人民共和国担保法》第四条、第八条、第十八条、第二十一条、第三十一条，《中华人民共和国合同法》第一百一十四条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十九条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第七条、第九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十八条、第一百三十条之规定，判决如下：

一、被告周井明、王连英于判决生效之日起10日内偿还原告晶都担保公司担保借款本息41355.29元、律师代理费2374元及违约金（按担保金额4万元的每日0.5‰计算，自2010年11月29日起算至本判决确定的给付之日止。但违约金总额不得超过担保额的30%）。

二、被告东海县山左口乡左庄花卉生产专业合作社对上述债务承担连带清偿责任。

三、被告东海县山左口乡人民政府对本判决第一项确定的债务，就被告周井明、王连英不能偿还部分的二分之一承担清偿责任。

【法官后语】

《担保法》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》均明确规定了国家机关不能作为保证人。本案只是系列案件中的一个，同一担保公司为大量农户信用担保，涉案标的额从三四万到二三十万元不等，一旦借款的农户及做担保的乡镇政府将债务拖欠不还或结案后难以执行，担保公司将面临巨大的财务风险，蒙受严重损失。由于同一政府涉及的担保总额高达数百万，极易造

成国家财产流失，引发政府财政危机等一系列问题。此案的裁判具有社会示范价值，该院向担保公司及有关部门及时提出了司法建议。

编写人：江苏省连云港市东海县人民法院 薛子裔 佘正长

27

担保人追偿权的范围

——黄仙武诉何竞捷追偿权案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市湖里区人民法院（2012）湖民初字第5769号民事判决书

2. 案由：追偿权纠纷

3. 当事人

原告：黄仙武

被告：何竞捷

【基本案情】

何竞捷曾向案外人厦门江南车友汽车服务有限公司（以下简称江南车友公司）租赁五部汽车，黄仙武作为担保人在《汽车租赁合同书》及其中闽DBD005、闽DBE775、闽DBD219三部车辆的《租车登记及交接单》中担保人签章一栏签字。因何竞捷未按约定支付租金，江南车友公司向厦门市湖里区人民法院提起诉讼，厦门市湖里区人民法院作出（2011）湖民初字第428号民事判决书，判决驳回江南车友公司的诉讼请求。江南车友公司不服该判决，提出上诉，厦门市中级人民法院就该案作出（2011）厦民终字第1520号民事判决书，判决撤销（2011）湖民初字第428号民事判决书、何竞捷于判决生效之日起十日内支付江南车友公司租金123453.33元、黄仙武对何竞捷应支付给江南车友公司的租金中的83192.76元承担连带责任，并判决驳回江南车友公司的其他诉讼请求。（2011）厦民终字第1520号

民事判决发生法律效力后，何竞捷与黄仙武均未履行该判决确定的义务，江南车友公司遂向厦门市湖里区人民法院院申请执行。执行过程中，黄仙武支付了执行款83192.76元及执行费1148元。

【案件焦点】

担保人追偿权的范围是否包含执行阶段产生的费用。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市湖里区人民法院经审理认为：黄仙武支付的执行款83192.76元系基于保证责任而代何竞捷偿还的债务，根据《中华人民共和国担保法》第三十一条的规定，保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿，故对黄仙武要求何竞捷偿还其代偿款83192.76元的诉讼请求予以支持。关于执行费1148元，因黄仙武自身是（2011）厦民终字第1520号民事判决所确定的义务人，应主动履行判决确定的义务，黄仙武支付的执行费系其未主动履行义务造成的费用，该费用应由黄仙武自行承担，故对黄仙武要求何竞捷偿还执行费1148元的诉讼请求不予支持。

福建省厦门市湖里区人民法院依照《中华人民共和国担保法》第三十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条之规定，作出如下判决：

一、被告何竞捷应于判决生效之日起十日内偿还原告黄仙武代偿款83192.76元。

二、驳回原告黄仙武的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案涉及担保追偿权的范围问题。关于担保追偿权，《担保法》第三十一条规定，保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿，该条规定仅笼统概括了担保人有向债务人追偿的权利，但对追偿权的范围未加以具体说明。笔者认为，担保人追偿权的范围应依据该担保行为给其造成的必然损失来认定。本案中，生效判决已确定黄仙武应对何竞捷的部分债务承担连带清偿责任，在何竞捷未能履行债务的情况下，该部分债务即系因担保行为给黄仙武造成的必然损失，属于担保追偿权的范围。而黄仙武作为生效判决确定的债务人，未在判决指定的期间履行义务，导致产生案件执行费，该费用并非担保行为导致的必然损失，故不属于担保追偿权的范围。

编写人：福建省厦门市湖里区人民法院　胡晓华

28

如何认定风险保障金的性质

——东莞市百川融资担保有限公司诉李群仲、何敏担保追偿权案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省东莞市中级人民法院（2012）东中法民二终字第108号民事判决书

2. 案由：担保追偿权纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：东莞市百川融资担保有限公司（以下简称百川担保公司）

被告（上诉人）：李群仲、何敏

【基本案情】

李群仲向工商银行东莞分行申请开办了牡丹信用卡。2010年10月18日，百川担保公司作为甲方，李群仲作为乙方签订了一份《委托担保合同》，第二条关于担保事项和数额约定："1. 甲方为乙方作为工商银行东莞分行牡丹信用卡持卡人在使用信用卡透支过程，为该张信用卡透支款项提供连带责任保证担保。2. 担保的数额为乙方牡丹信用卡最高金额大写伍拾万元。"第四条关于保证范围和反担保约定："1. 具体保证范围以甲方与银行签订的保证合同或信函等法律文件约定的保证范围。2. 乙方应当向甲方提供风险保障金，按最高担保金额的15%计算，即人民币75000元，于签订本合同之日一次性向甲方交纳。乙方在本合同上签字视为授权甲方可以从其缴纳的保证金及其他银行账户扣划由于乙方责任而给甲方造成的一切代偿及损失款项；由于乙方责任造成停卡、销卡时，本风险保障金不退还……"第五条关于甲方的权利和义务约定："……2. 保证期间，银行正式通知甲方承担保证责任时，甲方有权通知并要求乙方向银行支付透支款项及相应债务；有权通知并要求反担保人支付透支款项及相应债务。3. 甲方因履行保证责任而代偿后，有权向乙

方追偿收回代偿资金、占用费及相关费用，即自代偿之日起，有权按照所代偿金额的每日万分之伍的比例向乙方收取代偿资金占用费，并按代偿额30%收取乙方违约金。4. 甲方依法享有与乙方同等的对主债务的抗辩权，甲方的此项权利不因乙方放弃对主债务的抗辩权而丧失。”第六条关于乙方的权利义务约定：“……2. 乙方应按照下列标准向甲方交纳评审费、担保费、保证金……保证金在银行解除甲方担保责任后的七个工作日内无息退还。但在出现以下情况时不予退还：……B、乙方原因导致甲方出现代偿。”当天，东莞市东城台山人家海鲜酒楼、东莞市东城羽丰健身院以及何敏分别向百川担保公司出具《不可撤销反担保函》，同意为百川担保公司向李群仲向工商银行东莞市分行申请信用卡提供担保额度最高不超过伍拾万元的担保事项向百川担保公司提供无条件及不可撤销的保证。签订上述合同后，李群仲向百川担保公司缴纳了保证金75000元。2011年3月15日，何敏与李群仲均向工商银行东莞分行以及百川担保公司出具《承诺书》，“……截止于2011年3月15日止持卡人何敏、李群仲共透支人民币壹佰零壹万元，且持卡人何敏、李群仲所透支款项未履行过还款义务……现本人承诺在2011年3月16日之前归还人民币壹万元，并愿意将自己所有的‘东莞市东城台山人家海鲜酒楼’整体转让……用于归还上述款项。”2011年3月25日，工商银行东莞分行向百川担保公司发出履行担保代偿责任通知书，“兹有客户何敏，截至2011年3月25日该卡逾期欠款502403.88元，累计逾期4次；李群仲，截至2011年3月25日该卡逾期欠款487395.24元，累计逾期3次；以上两名客户为贵司所担保的客户，未能按时还款，合计逾期金额989799.12元，根据我行与贵司的合作承诺，现需要贵司履行担保代偿责任。请贵司在2011年3月25日前尽快履行担保代偿责任，及时进行担保代偿，特此通知。”2011年3月25日，工商银行东莞分行出具《证明》，“客户李群仲，与东莞市百川信用担保有限公司签订合同在我行申请办理牡丹信用卡，该信用卡透支额度为50万元人民币。2010年9月27日，东莞市百川信用担保有限公司与我行签订《保证合同》（合同编号为中国工商银行股份有限公司东莞分行【2010】年【百川】字第【1009021】号），约定由东莞市百川信用担保有限公司为借款人的上述牡丹信用卡透支承担连带保证责任。2011年3月25日，东莞市百川信用担保有限公司向李群仲上述牡丹信用卡账户中汇入487395.24元人民币，用以偿还借款人在我行上述牡丹信用卡的欠款。”2011年4月2日，百川担保公司向李群仲发出律师函，要求其

履行偿款义务。百川担保公司、李群仲均确认何敏至今仍拖欠银行502403.88元，李群仲仍拖欠银行487395.24元；百川担保公司为李群仲、何敏分别向中国工商银行东莞分行偿还了上述款项。

二审另查明，案涉《委托担保合同》第四条保证范围和反担保第2项约定："乙方（李群仲）应当向甲方（百川担保公司）提供风险保障金，按最高担保金额15%计算，即人民币75000元，于签订本合同一次性向甲方交纳。乙方在本合同上签字视为授权甲方可以从其缴纳的保证金及其他银行账户扣划由于乙方责任而给甲方造成的一切代偿及损失款项；由于乙方责任造成停卡、销卡时，本风险保障金不退还。"第六条乙方的权利和义务第2项约定："乙方按照下列标准向甲方交纳评审费、担保费、保证金。支付标准：评审费为每申办一张信用卡收取人民币壹仟元；担保费率为担保期限决定，本次担保期限为三年，担保费率为6%，即人民币30000元；保证金为最高担保金额15%，如乙方的信用卡被销户或因原因被停止或持卡人申请提前支付透支款项的，担保费不退还；评审费如出现复审，不再收取，不予退还；保证金在银行接触甲方担保责任后的七个工作日内无息退还。但在出现以下情况时不予退还：A、乙方未能按时交付担保费用。B、乙方原因导致甲方出现代偿。C、乙方违反本合同规定。"

李群仲、百川担保公司均确认李群仲向百川担保公司交纳了75000元保证金。

李群仲、何敏于2011年3月15日向工商银行东莞分行、百川担保公司出具《承诺书》，确认截止2011年3月15日止李群仲和何敏共透支1010000元，且李群仲、何敏未履行过还款义务。李群仲、何敏承诺在2011年3月16日前，归还10000元，并愿意将自己所有的"东莞市东城台山人家海鲜酒楼"整体转让。且在该酒楼整体转让期间，愿意接受百川担保公司监管，并承诺在2011年3月20日之前将所转让款直接由受让方划付到百川担保公司的账户，用于归还透支款项。

【案件焦点】

保证金应否抵扣代偿款，即涉案合同约定的保险保障金是否就是保证金。

【法院裁判要旨】

广东省东莞市第一人民法院经审理认为：百川担保公司、李群仲均确认百川担保公司为其代偿了487395.24元，原审法院依法予以确认。李群仲没有按照合同约

定向银行还款，导致百川担保公司履行担保义务，其行为构成违约，应承担相应的违约责任。李群仲辩称其向百川担保公司缴纳的保证金应在代偿款中予以扣除，本院认为，李群仲向百川担保公司缴纳的为保证金，根据《委托担保合同》第六条关于保证金的约定，现因没有按照约定履行义务导致百川担保公司代偿，故保证金不予退还。且《委托担保合同》第四条约定的风险保障金与第六条的保证金并非相同内容，故李群仲主张其缴纳的保证金在代偿款中予以扣除，本院依法不予支持。何敏向百川担保公司出具了《不可撤销反担保函》，故百川担保公司诉请何敏对李群仲上述债务承担连带责任，有事实和法律依据，本院依法予以支持。综上，判决：一、限李群仲于一审判决发生法律效力之日起五日内向百川担保公司归还代偿款487395.24元。二、限李群仲于一审判决发生法律效力之日起五日内向百川担保公司支付违约金146218.57元。三、何敏对李群仲上述债务承担连带责任。

李群仲持原审答辩意见提起上诉。

广东省东莞市中级人民法院经审理认为：保证金应否抵扣代偿款。李群仲主张，风险保障金即保证金，根据《委托担保合同》第四条第2项约定，案涉风险保障金75000元，用于扣划百川担保公司代偿款项，因此该部分款项应予以抵扣。百川担保公司则认为，风险保障金与保证金不是同一款项，案涉保证金75000元款项不能抵扣代偿款。本院认为，首先，从《委托担保合同》第四条第2项约定的内容来看，该约定共两句话，第一句是有关“风险保障金”的金额及缴纳时间的陈述，第二句前半部分是有关“保证金”扣划权限的陈述，第二句后半部分是有关“风险保障金”不予退还的情形的陈述。从该条款整体内容来看，该条款中“风险保障金”与“保证金”应指向同一笔款项。其次，从《委托担保合同》第六条来看，该条款是有关李群仲的权利和义务的约定，其中第2项详细写明李群仲应向百川担保公司缴纳的评审费、担保费、保证金，而未提及风险保障金。最后，风险保障金与保证金的金额相同，均为75000元，而李群仲仅向百川担保公司缴纳了保证金，未向百川担保公司缴纳额外的风险保障金。假如百川担保公司的陈述真实，风险保障金与保证金性质不一致，则李群仲应另需缴纳百川担保公司风险保障金，但实际上李群仲并未向百川担保公司缴纳额外的风险保障金，而百川担保公司也未向李群仲追讨该款项则为李群仲提供了担保。百川担保公司辩称风险保障金在合同中并未约定要支付，其陈述明显与《委托担保合同》第四条第2项约定不相符。综上，从

《委托担保合同》整体内容来看，风险保障金与保证金应系同一笔款项。依据《委托担保合同》第四条第2项有关“乙方（李群仲）在本合同上签字即视为授权甲方（百川担保公司）可以从其缴纳的保证金及其他银行账户划扣由于乙方责任而给甲方造成的一切代偿及损失款项”约定，李群仲主张保证金75000元用于抵扣代偿款，本院予以支持。据此，李群仲向百川担保公司返还的代偿款数额应为412395.24元（487395.24元减去75000元），原审法院认定风险保障金与保证金是不同款项属认定事实错误，本院予以纠正。

综上所述，判决：一、变更广东省东莞市第一人民法院（2011）东一法民二初字第2469号民事判决第一项为：限李群仲于本判决发生法律效力之日起五日内向东莞市百川融资担保有限公司归还代偿款412395.24元；二、变更广东省东莞市第一人民法院（2011）东一法民二初字第2469号民事判决第二项为：限何敏于本判决发生法律效力之日起五日内向东莞市百川融资担保有限公司支付违约金123718.57元；三、撤销广东省东莞市第一人民法院（2011）东一法民二初字第2469号民事判决第三项；四、何敏对李群仲上述第一、第二判项债务承担连带清偿责任；五、驳回东莞市百川融资担保有限公司的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案涉及保证金应否抵扣代偿款，即涉案合同约定的风险保障金是否就是保证金。一审认为《委托担保合同》第六条约定保证金在因两人原因导致出现代偿情况时不予退还，认定不予抵扣。二审认为从《委托担保合同》整体内容及实际交付的情况来看，合同约定了风险保障金与保证金，且数额约定一致，两人只是缴纳了一笔款，该两笔应系同一笔款项。依据《委托担保合同》第四条第2项有关“乙方（李群仲）在本合同上签字即视为授权甲方（百川担保公司）可以从其缴纳的保证金及其他银行账户划扣由于乙方责任而给甲方造成的一切代偿及损失款项”约定，保证金可以抵扣代偿款。

编写人：广东省东莞市中级人民法院　邹凤丹

29

实际履行了担保义务但并非合同签约相对方的当事人主张权利，是否应受合同中“仲裁条款”的约束

——四川都江堰市伟达有限公司诉四川都江堰供电有限责任公司保证合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

四川省成都市中级人民法院（2012）成民终字第6131号民事裁定书

2. 案由：保证合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：四川都江堰市伟达有限公司（以下简称伟达公司）

被告（被上诉人）：四川都江堰供电有限责任公司

【基本案情】

1995年5月15日，“都江堰电力股份有限公司”与原告伟达公司均作为合资方，与新加坡华新私人有限公司、深圳市宝业贸易公司、四川省机械设备进出口公司共五方签订了《合资合同》，该《合资合同》“第十八章争议的解决”中第四十三条规定：“凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议，合资各方应通过友好协商解决，经协商或调解无效，则提交中国国际贸易促进会对外经济贸易仲裁委员会仲裁，仲裁裁决是终局的，对合资各方都具有约束力。仲裁期间所发生的费用，由败诉方负担。”《合资合同》签订后，其五签约单位于同年5月18日又签订了《关于保证年回报率百分之二十的协议》和《中外合资新都江电力有限公司有关问题的协议》（即《担保协议》，都江堰电力股份有限公司在担保单位处签章），并将这两份协议作为了《合资合同》的附件一和附件二，在附件二《担保协

议》内容的尾部约定：此协议一式五份，系合同不可分割的部分，具有同等的法律效力。协议签订后，被告四川都江堰供电有限责任公司（并非前述合同及附件的签约单位）实际向原告支付了投资收益款。

同时，中国国际贸易促进会对外经济贸易仲裁委员会于1988年根据国务院《关于将对外经济贸易仲裁委员会改名为中国国际经济贸易仲裁委员会和修订仲裁规则的批复》，改名为中国国际经济贸易仲裁委员会。2000年，中国国际经济贸易仲裁委员会同时启用中国国际商会仲裁院的名称。其在其《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2012版）第一条载明：当事人在仲裁协议中订明由中国国际贸易促进委员会/中国国际商会仲裁，或由中国国际贸易促进委员会/中国国际商会的仲裁委员会或仲裁院仲裁的，或使用仲裁委员会原名称为仲裁机构的，均应视为同意由中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁。

【案件焦点】

实际履行了担保义务但并非合同签约相对方的原告主张权利，是否应受合同中“仲裁条款”的约束。

【法院裁判要旨】

四川省成都市都江堰市人民法院经审理认为：一、《合资合同》附件二（即《担保协议》）与《合资合同》具有不可分割性。在《合资合同》第十八章“争议的解决”部分明确约定了“凡执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议”，这部分的约定限定了只要是由《合资合同》和其附件有关的一切争议均应适用该条的规定。被告虽非合同的签约相对方，但其实际履行了本案所涉的《合资合同》及附件，因此，本案所涉纠纷也属与《合资合同》有关的争议，应当适用《合资合同》第四十三条的约定提请仲裁。二、《合资合同》第四十三条中约定的“中国国际贸易促进会对外经济贸易仲裁委员会”属明确具体的仲裁机构。本案依法不属于本院管辖。

四川省成都市都江堰市人民法院根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第三条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第一百三十九条、《中华人民共和国仲裁法》第十六条、第二十六条之规定，作出如下裁定：

驳回原告四川都江堰市伟达有限公司的起诉。

伟达公司持原审意见提起上诉。

四川省成都市中级人民法院经审理认为,《合资合同》第十八章第四十三条约定:“凡执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议”,该条约定明确只要是由《合资合同》和其附件引发的一切争议均应适用该条约定。《合资合同》附件二中明确该协议为“合同不可分割部分,具有同等法律效力”,因此附件二与《合资合同》、附件一是不可分割的统一整体。都江堰市电力公司虽然并非签订《合资合同》当事人,但本案诉讼因履行《合资合同》及附件一、附件二发生争议所致,属于《合资合同》约定仲裁条款的标的,应由仲裁裁决。伟达公司的上诉理由不成立,本院不予支持。

四川省成都市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项、第一百五十四条的规定,作出如下裁定:

驳回上诉,维持原裁定。

【法官后语】

本案不适用“债权人单独就连带责任担保向保证人主张权利”的规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第一百二十九条第一款“主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的,应当根据主合同确定案件管辖。担保人承担连带责任的担保合同发生纠纷,债权人向担保人主张权利的,应当由担保人住所地的法院管辖”的规定,是对保证合同纠纷的法院对民事诉讼案件属地管辖作出的规定,并非对保证合同案件采用仲裁和诉讼救济途径作出的规定。四川都江堰供电有限责任公司作为实际履行的担保义务的非《合资合同》及其附件(二)的签约相对方,伟达公司作为债权人单独向其主张权利,也要受《合资合同》中“仲裁条款”的约束。

本案诉讼因履行《合资合同》及附件一、附件二发生争议所致,争议的解决也应受《合资合同》争议解决条款的约束。四川都江堰供电有限责任公司虽非《合资合同》的签约相对方,但《担保协议》的履行是《合资合同》履行的延伸,本案纠纷的解决适用“仲裁”方式,也尊重了当事人在为民事法律行为时享有的“自愿”权利。

虽然本案驳回原告伟达公司的起诉，但其仍然可以采用仲裁的方式解决案涉纠纷，保证其合法权益得以实现。

编写人：四川省成都市都江堰市人民法院　陈莉

30

借新还旧情形下保证人的保证责任

——陆河县农村信用合作联社诉庄丽丽、张业远借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省汕尾市陆河县人民法院（2012）汕河法民二初字第6号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告：陆河县农村信用合作联社

被告：庄丽丽、张业远

【基本案情】

2006年12月25日，被告庄丽丽与原告在原告处订立（河田信用社）保借合字第200600804号陆河县农村信用社保证借款合同，约定：原告向庄丽丽提供贷款人民币10000元，用于生意（还旧借新），还款期限为2009年12月29日，利率按月7.95‰计算，期间如遇国家贷款利率调整，按国家有关规定执行。并由被告张业远自愿作为借款方按期还款的连带责任保证人，保证方的保证期间为2006年12月25日至2011年12月24日止，各方在合同上签名盖章。借款人庄丽丽未依约还款付息，被告张业远也未履行保证责任。原告多次向被告庄丽丽提出偿还欠款要求无果，故向本院提起诉讼。

【案件焦点】

借新还旧情形下保证人是否要承担保证责任。

【法院裁判要旨】

广东省汕尾市陆河县人民法院经审理认为：原告与被告庄丽丽、张业远签订的保证借款合同，意思表示真实，不违反法律的规定，合法有效，双方均应依约履行。原告依约发放了贷款，被告未依约还款付息，原告请求被告庄丽丽、张业远偿还借款本息的理由正当，符合合同约定和法律规定，应予支持。为保护当事人的合法权益，依照《中华人民共和国合同法》第二百零五条、二百零六条，《中华人民共和国担保法》第十八条和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条之规定，判决如下：

一、被告庄丽丽应在本判决生效之日起十五日内偿还原告贷款人民币10000元及利息（利率按合同及中国人民银行的相关规定执行，从2007年6月20日起计至本判决确定的还款之日止）。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

二、被告张业远对上述债务本息及诉讼费承担连带责任保证。

本案受理费人民币50元，由被告庄丽丽承担。

【法官后语】

本案主要涉及关于借新还旧情形下保证人的保证责任问题。

借新还旧即以贷还贷，是指债务人所借新贷款的目的是归还旧贷款。我国法律并无明确的禁止以贷还贷的强制性规定。而且，在私法领域，法无禁止即允许，意思自治是其基本原则，当事人间约定的以贷还贷行为并无其他社会危害性，因此，应认定为有效。在以贷还贷情形下，不存在因主合同无效而认定保证合同无效的情形。本案中，原、被告签订的借款合同，意思表示真实，不违反法律的规定，合法有效，双方均应依约履行。

具体如何确定保证人的责任，应区分情况进行确定：

1. 如果新贷与旧贷的保证人非同一主体，且新贷的保证人并不知新贷的目的是偿还旧贷，则在这种情况下，应认定主合同债权人与主合同债务人串通，骗取保

证人的保证。在骗保情形，因为为偿还旧贷的新贷提供担保并非保证人的意思表示，故保证人不承担保证责任。否则，在此情形下，判令保证人承担保证责任，因旧贷多为难以实现的债权，则会加重新债保证人的责任，这对保证人是不公平的。

2. 如果新贷与旧贷的保证人虽非同一主体，但保证人对新贷用以偿还旧贷的目的应当知道或明知，则表明其愿意为新贷承担保证责任，依意思表示自治原则，其应承担保证责任。在新贷与旧贷的保证人为同一保证人情形下，因新贷偿还旧贷有效、保证人因旧贷已由新贷偿还而不必对旧贷承担保证责任，而保证人对新贷的偿还风险和责任较旧贷要小，因此，无论保证人对新贷款以新还旧的目的是否知道，判令其对新贷款承担保证责任并不会加重其保证责任。因此，《最高人民法院〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三十九条规定："主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。新贷与旧贷系同一保证人的，不适用前款的规定。"

本案中，被告张业远在新贷与旧贷中为同一保证人，因新贷偿还旧贷有效、保证人张业远因旧贷已由新贷偿不而不必对旧贷承担保证责任，而保证人张业远对新贷的偿还风险和责任较旧贷要小，因此，判令其对新贷款承担保证责任并不会加重其保证责任。

编写人：广东省汕尾市陆河县人民法院　彭武志　王利

31

债务人死亡，担保人在承担保证责任后该如何保障自己合法权益

——宋某诉夏某、吕某追偿权案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

黑龙江省鸡西市虎林市人民法院（2012）虎商初字第129号民事判决书

2. 案由：追偿权纠纷

3. 当事人

原告：宋某

被告：夏某、吕某

【基本案情】

2010年11月3日，吕甲向杨某借人民币35000元，月利率为2分，2011年2月1日吕甲又向杨某借人民币15万元整，月利率为2分，以上两笔借款担保人均为宋某。吕甲只偿还了10万元的本息，担保人宋某于2011年10月1日代吕甲向杨某偿还了剩余借款本息合计99930元整，由杨某为宋某出具收条一份。2004年吕甲在与朱某结婚后与其母亲夏某分开生活，与夏某不属于同一经济体系；在本案所诉的两笔借款发生前吕甲与朱某已离婚，吕甲于2012年去世，其女儿吕某现与朱某、夏某一起生活。原告认为，被告夏某作为吕甲的继承人，应该偿还原告该笔欠款及利息，遂提起诉讼，要求被告夏某偿还宋某代吕甲偿还的本息99930元及2011年10月1日到2012年8月末的利息（月利率2分）18700元，以上款项合计118630元。

另外，根据现有证据能够确认吕甲现有遗产为：在八五四农场水利部挖掘机施工费24000元、在虎林市新乐乡跃进村民委员会挖掘机施工费19000元、在虎林市新乐乡新民村村民委员会挖掘机施工费6000元；另查明，吕甲生前在虎林市新乐乡兴隆村有承包田6.85亩。

【案件焦点】

债务人死亡，保证人在履行完保证责任后行使追偿权时，应确定被告是作为共同债务人还是作为继承人来起诉。

【法院裁判要旨】

黑龙江鸡西市虎林市人民法院经审理认为：保证人宋某在替债务人吕甲承担保证责任后，有权向债务人追偿。债务人吕甲去世后，其母亲夏某已对吕甲部分遗产进行处理，用于偿还吕甲生前所欠部分债务，因此夏某的行为应当视为接受对其儿子吕甲遗产的继承。吕甲的女儿吕某及其法定代理人朱某经本院依法传唤未出庭、

未发表意见，也应当视为接受对吕甲遗产的继承。因此，夏某及吕某作为吕甲遗产的第一顺序法定继承人，应当在其继承遗产的范围内清偿被继承人生前所欠债务；原告宋某在保证借款合同中并未对其承担保证责任之后的利息作约定，因此原告只能在代为履行的债务范围内主张追偿权，原告主张其替吕甲偿还债务之日起的利息，没有事实和法律依据，所以不予支持。

黑龙江省鸡西市虎林市人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、《中华人民共和国担保法》第三十一条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、《中华人民共和国继承法》第二十五条、第三十三条的规定，判决如下：

一、被告夏某、吕某于本判决生效后三日内在继承吕甲的遗产范围内偿还原告宋某欠款本息合计 99930 元。

二、驳回原告其他诉讼请求。

案件受理费 2673 元由被告夏某、吕某（在继承吕甲的遗产范围内）负担 2298 元，原告自行负担 375 元，财产保全费 1113 元由原告负担。

【法官后语】

债务人死亡，保证人在履行完保证责任后行使追偿权时，应确定被告是作为共同债务人还是作为继承人来起诉，以实现自己的诉讼主张。

如果以共同债务人起诉，要证明继承人与债务人是共同债务人，那么应当提供该继承人与债务人生前属于同一生产经营体系、经济不分开的相关证据，那么保证人可以直接以继承人作为共同债务人的财产主张权利。

如果仅以继承关系为由起诉继承人承担给付责任，则要证明继承人是否继承了债务人的财产，继承了哪些财产，债务人是否还有其他未处理财产。而法院在庭审过程中无法一一对债务人的遗产进行详细清查，因此如果保证人在没有确实证据证明债务人有可供执行遗产的情况下，可能无法实现自己的合法权益。

在现实生活中，因民间借贷案多发，一旦出现债务人死亡或下落不明的情况，担保人或债权人应当及时对债务人的财产进行保全并注意保留相关财产证据，否则可能损害自己的合法权益。

编写人：黑龙江省鸡西市虎林市人民法院　杜志芳

32

拍卖中不担保声明的免责效力

——陈江科、陈进滨诉中国人寿保险股份有限公司厦门市分公司、北京嘉禾国际拍卖有限公司拍卖合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院（2012）集民初字第2240号民事判决书

2. 案由：拍卖合同纠纷

3. 当事人

原告：陈江科、陈进滨

被告：中国人寿保险股份有限公司厦门市分公司（以下简称保险公司）、北京嘉禾国际拍卖有限公司（以下简称拍卖公司）

【基本案情】

2012年5月17日，《海峡都市报》以“北京嘉禾国际拍卖有限公司、厦门嘉禾拍卖有限公司”的名义发布公告，对部分财产进行拍卖，其中第15项即涉及本案的拍品陈述如下“对于厦门市集美区银江路128号（太源花园）之29－30号部分房产的权益，参考价约248万元”，另并公布预展时间为：“即日起至2012年5月25日”。

5月27日，陈江科与拍卖公司签署《竞买协议书》对拍卖双方的权利义务进行了详细约定。该协议第二条约定“本次拍卖是以标的现状进行拍卖。甲方（拍卖公司）已经在拍卖会前向乙方充分展示了拍卖标的实物及资料，乙方（陈江科）在公告规定的展示期间内，已对标的进行了了解、咨询、自愿参加本次竞买……拍卖成交后还就标的的品质、价值、面积、用途等要求甲方及委托人承担担保责任。”第八条特别约定第九款约定“本次拍卖会所拍卖的标的均为按项拍卖而非按面积单价拍卖，提供的标的房产或房产权益所涉及的具体位置和面积仅为参考，最终地址

及面积以有关部门确认的为准，但成交价款不受其地址及面积变化影响。”第12款约定“本次拍卖是以现状进行拍卖，会前提供的各项数据仅供参考，甲方及委托人不承担保证责任。”第15款约定“……竞买人应自行判断风险、价值，并于成交后承担权益不能实现的风险。拍卖人和委托人仅就标的现状进行拍卖……”第19款“一旦参与竞买，即表明竞买人已完全了解并接受本次拍卖会标的的现状和瑕疵。”第十二条即合同附件，第15款即对本案涉及财产的瑕疵声明。

5月28日，二原告购得由保险公司委托拍卖公司拍卖的位于厦门市集美区的部分房产。成交后，二原告如约支付了248万元的购房款和12.4万元的佣金，二被告如约交付了拍卖房产。

各方均确认，该房产没有办理所有权登记，至交付时处于“烂尾”状态，作为开发商的厦门太源房地产开发有限公司实际上已经难以继续履行交付义务。

原告经福建省测绘院对上述房产进行测绘发现，该6套房产实际面积为587.34平方米，与保险公司提供的“商品房买卖合同”所载房屋建筑面积704.85平方米相差117.51平方米。故，请求返还房屋差价384974.51元及利息（依人民银行同期同类贷款利息6.1%，自2012年6月5日起计至实际还款日）。

【案件焦点】

二被告是否应当承担瑕疵担保责任。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院经审理认为：委托人、拍卖人应对拍品充分说明，这种说明必须是具体的、一致的（不发生矛盾），不会引起竞买人错误认知，足以引起竞买人注意的提示。

《中华人民共和国拍卖法》第六十一条第二款规定“拍卖人、委托人在拍卖前声明不能保证拍卖标的的真伪或者品质的，不承担瑕疵担保责任。”

委托人和拍卖人作出了不担保的声明，增加了竞买人竞买行为的风险，降低了竞买人的利益预期，自然降低了成交价格，委托人和拍卖人也承担了其不担保声明的商业风险。由于瑕疵的不确定性，竞买人也可能由于高估了风险而获得超额的商业利益。故无论委托人和拍卖人对瑕疵作出担保承诺或不担保声明，均不构成法律上的不公平。

现存6套房产，保险公司与竞买人一样均未获得，不具有对该物的信息优势。2012年5月17日的拍卖公告中拍卖人要求竞买人于拍卖前实际了解，以作出有利判断。拍卖方与二原告签署的《竞买协议书的》第二条、第八条的第九款明确提示不对拍品的实际面积作出承诺。第八条第十二款、第十五款再次提示仅以现状作为拍卖承诺。两原告忽视拍卖方反复对面积作出的不承诺声明，显然没有尽到必要的注意义务。

综上，民事主体作出民事法律行为，为避免法律风险，对交易对方可能存在的风险给予充分告知，希望对方充分注意，并愿意承担因此造成的商业上的不利后果。如果再苛责其承担法律责任，显然缺乏正当性。

依照《中华人民共和国拍卖法》第六十一条第二款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

驳回原告陈江科、陈进滨的诉讼请求。

【法官后语】

拍卖交易是一种典型的商事行为，但具有其特殊性。

在不违反公序良俗和强制性规范的前提下，即便是价值难以确定或瑕疵存在的权利、物品都可以作为拍品进行委托拍卖。就拍品的真伪、品质等与拍品价值相关的属性信息，委托人、拍卖人较之于竞买人，往往掌握得更为充分全面。因而，根据《拍卖法》第十八条第二款①，第二十七条②，第六十一条第一款③的规定，委托人、拍卖人就拍品瑕疵有说明的义务。同时，遵循诚实信用原则，委托人、拍卖人对拍品的说明应当是充分的，即该说明必须是具体的、一致的（不发生矛盾）、不会引起竞买人错误认知，足以引起竞买人注意的提示。

但是，由于拍品千差万别，难以有相应的国家或行业标准来参照以详尽各种瑕疵；且有可能因为复杂的权利流转，使得拍品的权利瑕疵也难以穷尽。故，在一定

---

① 该款规定“拍卖人应当向竞买人说明拍卖标的的瑕疵”。

② 该条规定“委托人应当向拍卖人说明拍卖标的的来源和瑕疵”。

③ 该款规定“拍卖人、委托人违反本法第十八条第二款、第二十七条的规定，未说明拍卖标的的瑕疵，给买受人造成损害的，买受人有权向拍卖人要求赔偿；属于委托人责任的，拍卖人有权向委托人追偿”。

情况下，对于委托人、拍卖人的瑕疵说明义务在法律上也并非近于苛刻。

《拍卖法》第六十一条第一款规定“拍卖人、委托人在拍卖前声明不能保证拍卖标的的真伪或者品质的，不承担瑕疵担保责任”。该条款的存在有其应然性。

首先，由于拍卖标的权利流转的复杂性，委托人、拍卖人对于拍卖标的的真伪、品质等影响拍卖标的价值的属性也有不完全知晓的可能性。比如，在本案中，案涉的拍卖房产是被告保险公司与太源公司于1992年签署的商品房买卖合同中的6套房产，太源公司并未将该房产交付于被告，且没有办理所有权登记。因而，被告保险公司对于该拍卖标的并没有信息优势。此时，若让拍卖人、委托人承担对于标的房产的品质（包括但不限于房产面积、住宅质量）的保证责任，无异于不公地加大了拍卖人、委托人的责任。此外，从本案原告提供的于2012年5月16日出具的实测报告，有理由相信两原告在拍卖前已经了解涉案房产的实际面积，了解其与商品房买卖合同中约定的面积不符，其竞买行为是经过审慎决定的。此时，若仍将瑕疵担保责任强加于拍卖人与委托人，则意味着在拍卖行为中，竞买人有着绝对的优势，可以在竞买后肆意违约，由此将造成拍卖交易的极大的不确定性。

其次，从商业风险承担的角度分析，在不担保声明的拍卖中，竞买人的竞买风险增加，成交价格降低。价格的降低是委托人和拍卖人就不担保声明所承担的商业风险（损失）。相应地，由于瑕疵的不确定性，竞拍人也要承担相应的商业风险——可能是超额的商业利益，也可能是因瑕疵引起的价格高估。因而，在拍卖人、委托人确因不了解拍卖标的的真伪或者品质，在拍卖前声明不能保证拍卖标的的真伪或者品质的，其不承担瑕疵担保责任是符合公平正义原则的。

但是，并不是所有在拍卖前声明不能保证拍卖标的的真伪或者品质的拍卖人与委托人，就当然地不承担瑕疵担保责任。比如，拍卖人与委托人明知拍卖标的的真实情况，却作出不担保声明，则该行为因违反诚实信用原则，自然不能免除拍卖人与委托人的瑕疵担保责任。或者，当拍卖人、委托人向竞买人所作的风险提示并不明显，在拍卖公告、竞买协议、拍卖现场中并未向竞买人充分说明其不对拍品品质、真伪等作出承诺，此时，若强制要求竞买人承担拍卖人、委托人免责所产生的不利后果，即可以参照“提供格式条款一方免除其责任的，该条款无效”的规定，将瑕疵担保责任加于拍卖人、委托人之上。

回到本案，拍卖人多次向竞买人作出充分的风险提示，即表示不对拍卖房产的

实际面积作出承诺。在拍卖人与竞买人签订的《竞买协议书》第二条中约定“乙方（竞买人）……拍卖成交后不就标的的品质、价值、面积、用途等要求甲方（拍卖人）及委托人承担担保责任”，第八条第9款约定“本次拍卖会所拍卖的标的均为按项拍卖而非按面积单价拍卖……但成交价款不受其地址及面积变化影响”、第12款约定“本次拍卖是以现状进行拍卖，会前提供的各项数据仅供参考，甲方（拍卖方）及委托人不承担担保责任”、第15款约定“委托人及拍卖人对于上述权益能否实现不承担任何保证责任，竞买人应自行判断风险、价值，并与成交后承担权益不能实现的风险”。此外，在拍卖成交确认书中也再次明确不是以面积单价计算成交价。在拍卖会前，拍卖师的声明中又再次做了重申。可见，拍卖方反复多次地对面积做出了不承诺的说明。但，原告坚持以一份没有完全履行的商品房买卖合同要求被告承担瑕疵担保责任，而忽视拍卖方反复对面积做出的不承诺声明，显然没有尽到必要的注意义务。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院　李夏菲

33

担保责任是否履行完毕的认定

——莱芜市鲁钢金属有限公司诉李传亮担保追偿权案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省莱芜市钢城区人民法院（2012）钢商初字第253号民事判决书

2. 案由：担保追偿权纠纷

3. 当事人

原告：莱芜市鲁钢金属有限公司

被告：李传亮

【基本案情】

2011年5月23日，莱芜市伟明经贸有限公司与中国农业银行股份有限公司莱芜分行营业部签订借款合同一份，借款3000000元整，借款期限自2011年5月23日至2012年2月22日，年利率为7.8875%，借款按月结息，结息日为每月20日，逾期偿还，贷款人对逾期借款从逾期之日起在合同约定的借款执行利率基础上上浮百分之伍拾计收罚息。同日，中国农业银行股份有限公司莱芜分行营业部与原告、被告、莱芜市亚泰经贸有限公司、吴修康签订保证合同一份，合同约定保证人对上述债务本金、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金、诉讼费、律师费等实现债权的一切费用提供保证，保证方式为连带责任保证，保证期间为借款合同约定的债务人履行债务期限届满之日起二年。原、被告对内部保证份额无明确约定。因借款到期后莱芜市伟明经贸有限公司未履行还款义务，原告于2012年2月28日履行保证责任共偿还本息合计1498352.05元，莱芜市亚泰经贸有限公司于2012年2月28日履行保证责任共偿还本息合计1498352.04元，被告李传亮出具莱芜市亚泰经贸有限公司证明一份证实该笔款项系莱芜市亚泰经贸有限公司与李传亮作为担保人各承担借款的四分之一所共同偿还的款项。

【案件焦点】

李传亮是否履行了担保责任。

【法院裁判要旨】

山东省莱芜市钢城区人民法院经审理认为，法律规定，已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。因原、被告并未明确约定各自应承担的保证份额，根据法律规定，各连带保证人对内部比例分担没有约定的，平均分担。根据本案具体的还款数额，四保证人各应承担的份额为25%，各应承担的具体还款数额为749176.02元。被告李传亮辩称其已履行了相应的担保责任，与莱芜市亚泰经贸有限公司共同偿还了本息合计1498352.04元，并提供了相应的证据予以证实，对被告的该主张事实清楚，证据充分应予支持。原告作为保证人承担连带责任保证还款后，虽有权向被告李传亮追偿，但被告已提供证据证实其已在应承担的份额内履行了保证责任，原告再主张被告李传亮偿还其代为偿还本金及利息374588元的诉讼请求依据不足，无法认定，

不予支持。依照《中华人民共和国担保法》第十二条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称担保法解释）第二十条之规定，判决驳回原告莱芜市鲁钢金属有限公司的诉讼请求。

原告持原审意见提起上诉，在上诉至中级人民法院后，原告自动撤回上诉。

【法官后语】

本案的审理涉及如下问题：

1. 被告作为诉讼主体是否适格的问题

法律关于共同保证的规定是同一债务有两个以上保证人的，保证人应按照保证合同约定的保证份额承担保证责任，没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额，但从此条款看，原告承担了保证责任后，可以直接向其他担保人追偿，但担保法解释第二十条对其作了一定的限制，连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人根据内部比例分担，没有约定的，平均分担。这就是说，担保人承担了保证责任后，必须先向债务人进行追偿，其余担保人仅对向债务人不能追偿的部分承担责任，如果不先向债务人进行追偿，只起诉担保人是没有法律依据的。但如果担保人在起诉其余担保人时能提供证据证明曾向债务人进行了追偿，并且没有得到切实履行，其直接起诉其余担保人就是适格的。在本案中，经查明原告曾向债务人莱芜市伟明经贸有限公司进行了追偿，并且无可供执行的财产导致执行终结，原告起诉被告李传亮符合法律规定。

2. 证据的采信问题

在诉讼中，原告持有农业银行的借款合同及还款凭证，证实借款事实及还款事实的存在。被告提供了还款凭证、欠条及莱芜市亚泰经贸有限公司出具的证明一份，证实莱芜市亚泰经贸有限公司和李传亮作为担保人共应承担二分之一的保证份额，经亚泰公司同意，将亚泰公司与李传亮应承担的两笔款项共计1498352.04元以莱芜市亚泰经贸有限公司的名义支付给农行。对它们的取舍直接决定原告的诉讼请求能否得到支持。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条规

定，对原、被告提供的证据所证明的事实，在当事人没有相反证据足以推翻的情况下，都是人民法院应确认的事实，而在本案中原、被告均无相反证据足以推翻对方证据，因此都应采信。在此情况下，对两份证据进行了认真的分析，发现二者证明的侧重点是不同的，看似存在矛盾，但实质上并无矛盾。两份证据所证明的内容并不相互否认。

3. 关于担保人责任分担的问题

虽然担保人需要对债务人不能清偿的部分承担偿还责任，但并非承担连带偿还责任，担保法解释规定，对向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其约定比例分担，没有约定的平均分担。如果各担保人对内部份额的承担有内部的明确约定，则按约定承担，如果没有约定内部份额，则应按保证人的人数划分比例平均分担。

编写人：山东省莱芜市钢城区人民法院　朱琳

34

联保小组成员之间的保证责任

——中国农业银行股份有限公司罗定市支行诉林淼光等金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省云浮市罗定市人民法院（2011）云罗法民初字第1621号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告：中国农业银行股份有限公司罗定市支行

被告：林淼光、林建梅、李灿基、李灿强

【基本案情】

被告林淼光以需流动资金为由，于2009年8月20日与原告签订了《“三农”

个人自助可循环最高额保证借款合同》（合同编号：44119200900016407），合同约定：可循环借款额度人民币25000元，借款用途流动资金，放款途径：按合同约定方式发放至被告林森光的银行卡，用款方式：自助可循环，原告在额度有效期（自2009年8月20日至2012年8月19日）内向借款人提供借款，借款人可随借随还，借款利率为借款发放日所对应的中国人民银行同期同档次人民币贷款基准利率基础上上浮20%确定。还款方式为按月结息，到期一次性归还借款本息。借款人未按约定期限归还借款本金的，贷款人对逾期借款从逾期之日起在借款执行利率基础上上浮50%计收罚息，直至本息清偿为止，对应付未付利息，贷款人依据中国人民银行规定计收复利；借款人、任一担保人违反法律规定或者本合同约定的义务，贷款人有权提前收回已发放借款，有权要求担保人承担担保责任。另外，合同约定：采用联保小组联保的，本合同对应的《联保承诺书》/《联保协议》编号为粤云罗联保（2009）44001200900025019号，保证方式为连带责任保证，保证期间为每笔借款到期日起二年。担保范围包括借款本金、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金以及诉讼费、律师费等贷款人实现债权的一切费用。合同还约定了相关的权利和义务，被告林森光、李灿基、李灿强均在合同和联保小组成员签名表上签名进行确认。另，被告林建梅与林森光是夫妻关系，于2009年8月20日自愿在《共同还款责任确认书》签名确认对被告林森光与原告签订的编号为44119200900016407的《"三农"个人自助可循环最高额保证借款合同》承担连带保证责任。《共同还款责任确认书》载明："被保证的主债权种类、数额分别为：农户小额信用贷款，人民币贰万伍仟元正。保证范围：本金、利息、逾期利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金以及诉讼费、律师费等贷款人实现债权的一切费用。"在合同签订后，原告依约向被告发放贷款25000元，期间被告林森光归还了贷款本金2838.37元和利息1937.88元。该贷款计至2011年9月29日止尚欠本金22161.63元，利息452.47元，本息合共22614.1元。原告多次向被告催收贷款，但被告拒不清偿贷款本息，原告遂于2011年11月8日向本院起诉，请求处理。

【案件焦点】

农户联保贷款纠纷案件中联保小组成员之间相互承担连带保证责任。

【法院裁判要旨】

广东省云浮市罗定市人民法院经审理认为：本案是金融借款合同纠纷。原告与四被告签订的《“三农”个人自助可循环最高额保证借款合同》、《共同还款责任确认书》是双方的真实意思表示，合同没有违反法律禁止性规定，合法有效，予以确认。四被告向原告借款25000元至今没有清偿的事实清楚，证据充分，予以认定。由于四被告没有依照合同约定履行归还贷款本息的义务，其行为已构成违约，依法应当承担相应的违约责任。被告林建梅、李灿基、李灿强是该贷款的保证人，与原告之间的合同约定对借款人的债务承担连带保证责任，保证期间为借款期限届满之日起二年，保证范围包括贷款本金、利息、贷款人实现债权的费用，故原告主张被告林森光清偿贷款本息，被告林建梅、李灿基、李灿强对该债务承担连带清偿责任的诉讼请求理据充分，予以支持。被告林建梅、李灿强经本院传票传唤无正当理由不到庭参加诉讼，视为其放弃质证和抗辩的权利。

依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国担保法》第十八条、第二十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条的规定，法院作出如下判决：

一、限被告林森光于本判决发生法律效力之日起十日内偿还贷款本金22161.63元及利息（1. 计至2011年9月29日止的利息452.47元；2. 以本金22161.63元按中国人民银行规定的农业银行逾期贷款利率从2011年9月30日起计至清偿日止的利息）给原告中国农业银行股份有限公司罗定市支行。

二、被告林建梅、李灿基、李灿强对上述债务承担连带清偿责任。

案件受理费183元，由被告林森光、林建梅、李灿基、李灿强负担。

判决后，双方当事人均没有上诉，本判决现已发生法律效力。

【法官后语】

本案处理重点主要在于联保小组成员之间的责任承担问题。随着农村经济的发展，农民对资金的需求逐渐增大，部分银行为解决农户担保和信用度有限的问题，专门开发了农户联保贷款业务。所谓农户联保贷款，就是由参加贷款的几户农民在自愿基础上组成联保小组，银行作为贷款人向联保小组成员发放贷款，联保小组成员之间相互承担连带保证责任。这种联保贷款方式在一定程度上降低了农民贷款的

门槛，赢得了不少面临资金短缺困境农民的欢迎。但是，值得注意的是，农户联保贷款合同通常都是金融机构提供的格式合同，一些农民由于急于贷款，疏于对合同内容的理解，又或者一些农民出于“道义”，对合同内容知之甚少便草率在合同上签字，搞不清担保所应承担的责任，加上农户法律意识普遍较为薄弱，法律知识匮乏，致使一旦借款人没能按期还款，保证人不愿承担保证责任的案件比比皆是。再者，此类案件普遍存在送达难，缺席审理多的问题，此类案件涉及当事人较多，联保户工作多处于不稳定状态，流动性大，原告又无法提供被告的确切地址，立案阶段的法律文书无法顺利送达，且部分保证人往往以不理解合同内容、自己没有借钱为由拒绝承担连带责任，经常拒收法院送达的法律文书，导致缺席开庭增多。因此，法院建议金融机构在办理有关贷款业务时，要严格审查借款人的身份情况、经济状况，多组织一些相关宣传，对保证人应承担的法律责任进行充分解释，以减少贷款风险。

编写人：广东省云浮市罗定市人民法院　梁梅燕

35

如何界定共同保证人保证责任的免除

——韩伟诉张婧轶保证合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省淄博市博山区人民法院（2012）博商初字第510号民事判决书

2. 案由：保证合同纠纷

3. 当事人

原告：韩伟

被告：张婧轶

【基本案情】

2012年1月20日，崔元文向原告出具借据一份，崔元文向原告借款20000元，

使用期限自2012年1月20日起至2012年3月20日止，到期后一次性还清。张婧轶及案外人王涛在借据上签名摁印，为崔元文上述借款承担连带保证责任。借款到期后，借款人崔元文未返还借款，担保人也未履行保证责任。

【案件焦点】

在借款保证合同纠纷中，数人为同一债务提供连带责任保证的情况下，债权人仅起诉一名保证人，是否意味着对其他保证人保证责任的免除；如果债权人认为已被起诉的保证人没有代偿能力，能否另案起诉其他保证人。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市博山区人民法院经审理认为，被告张婧轶为崔元文借款提供连带责任保证系真实意思表示，被告张婧轶与原告韩伟之间的保证合同依法成立，合法有效。原告韩伟履行借款义务后，借款人崔元文未按期还款，原告韩伟可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，故被告张婧轶作为保证人应当承担连带保证责任，担保范围包括借款本金、利息以及实现债权的费用等。原告韩伟主张的利息，系按照中国人民银行同期同类贷款基本利率自逾期还款之日2012年3月21日起计算至2012年8月6日止，利息数额为487.17元，符合法律规定，故对原告韩伟要求被告张婧轶返还借款本金20000元，支付利息487.17元的诉讼请求，本院予以支持。对韩伟要求张婧轶支付因本案诉讼而支出律师代理费2000元的诉讼请求，因未提供充分证据证实，本院不予支持。

山东省淄博市博山区人民法院依照《中华人民共和国担保法》第十八条、第二十一条、第二十六条，参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称担保法司法解释）第二十条的规定，判决如下：

一、被告张婧轶自判决生效之日起十日内返还原告韩伟借款20000元；

二、被告张婧轶自判决生效之日起十日内支付原告韩伟利息487.17元；

三、驳回原告的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案中反映出两个问题，一是在借款保证合同纠纷中，数人为同一债务提供连带责任保证的情况下，债权人仅起诉一名保证人，是否意味着对其他保证人保证责任

任的免除？二是如果债权人认为已被起诉的保证人没有代偿能力，能否另案起诉其他保证人？

对第一个问题有三种观点，第一种观点是债权人在起诉某一保证人后，视为免除其他保证人的保证责任，即使其选定的保证人没有清偿能力，也不能再另案起诉其他保证人。第二种观点是债权人在选定保证人后并经人民法院强制执行后，债权仍未全部清偿的，债权人可凭执行终结裁定就剩余债权另案起诉其他保证人。第三种观点是在第一种观点的基础上，债权人可另案起诉其他保证人，请求与先前选定的保证人承担连带责任。

笔者同意第一个观点。从保证责任方式上划分，分为一般保证和连带责任保证。这两种保证之间最大的区别在于保证人是否享有先诉抗辩权。但实务中大量保证合同中并未约定具体的保证责任形式，为此《担保法》第十九条规定“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任”。

从保证人的数量角度来看，保证方式可分为单独保证和共同保证。从共同保证的合同形式上来看，也分为两种，一种是数个保证人和债权人签订一个保证合同，另一种是数个保证人和债权人分别签订数个保证合同共同担保同一债权。对后一种情况理论界也认为成立共同保证。

从保证份额来看，按照《担保法》第十二条规定，共同保证分为按份共同保证和连带共同保证。按份共同保证是指各保证人与债权人约定按照各自确定份额承担保证责任的保证形式。连带共同保证，是指各保证人约定均对全部债务连带承担保证责任的保证形式。一般而言，连带共同保证的各保证人之间存在意思表示上的沟通、联络，以约定各自的权利义务内容，但实务中也存在一种没有意思表示联络的连带共同保证，被称为“推定的连带共同保证”。担保法司法解释第十九条第一款对此进行了规定：“两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。”此规定目的是加大对债权的保护。

从上述分析可以看出，连带共同保证和连带责任保证是有区别的。在连带共同保证的情况下，不排除各保证人对债权人承担保证责任的方式不是“连带”方式，而是一般保证的方式。比如各保证人就同一债权分别与债权人签订保证合同的，可能存在有的保证合同约定的保证责任形式是一般保证责任形式，有的保证合同约定的保证责任形式是连带责任保证形式。因此连带共同保证主要意义在于保证人必须

对全部不能清偿的债务承担保证责任，保证人之间约定的份额，只要未得到债权人的同意，对债权人不生效力。而连带责任保证中债权人既可以向债务人主张，也可以请求任何一个保证人承担全部保证责任。如果各共同保证人与债权人之间也约定了连带责任保证的，此时成立的连带共同保证具有双重的连带关系，一是各保证人对债权人连带承担责任，二是保证人对债权人承担连带保证责任。

本案中，张婧轶和王涛作为担保人在借条上签字为崔文元借款提供担保，但未约定具体的保证责任方式和保证份额，依法属于连带共同保证。债权人有权向任一保证人主张权利。

在各保证人对债权人承担连带责任的情况下，债权人基于实现债权需要，一般都是在对债务人和各保证人进行充分衡量后，选择保证合同之诉，继而按照担保法司法解释第二十条行使选择权，请求特定的某一保证人承担全部保证责任，符合当事人意思自治原则。但当选定保证人后进入诉讼程序后，则意味着保证人的特定化，意味着债权人已放弃请求其他保证人承担保证责任，其他保证人的保证责任应免除。债权人选择保证人主张权利实际是行使选择权，而选择权属于形成权，故应当受到保证期间的限制。即债权人应当在保证期间内请求保证人承担保证责任，否则保证人免责（无论是选择一人还是数人）。虽然法律没有直接规定债权人选择特定的保证人后即意味着放弃请求其他保证人承担保证责任，但是基于保证责任具有补充性，如果允许债权人对各保证人分别起诉的话，容易造成债权人获得重复清偿，也不利于各保证人之间以及保证人向债务人的追偿。因此应当对债权人行使选择权的次数进行限制。需要注意的是，已承担保证责任的保证人仍可以向其他未被债权人主张承担保证责任的保证人追偿，对此最高人民法院关于已承担保证责任的保证人向其他保证人行使追偿权问题的批复已明确规定。

第二种观点的出发点是从保证制度的立法目的出发，认为既然保证是保障债权的实现，在债权人对已选择的保证人请求承担保证责任并经强制执行后，仍应允许债权人另行起诉其他保证人，这符合保证担保制度的立法目的。笔者认为这种观点似有不妥。因为保证作为担保债权的补充性，是担保债务人不履行债务的情况下由保证人承担保证责任，保障债权的实现。在债权人已选择保证人主张权利的情况下，如果被选定的保证人无清偿能力，实际上该风险是债权人应承担的诉讼风险，而非主债务人不履行债务的风险，对保证人不能代为清偿债务的诉讼风险应由债权

人自行承担，不能任意扩大保证人的保证范围。所以第二种观点也是不对的。

第三种观点之所以不正确，在于错误理解了连带共同保证的内涵，将“连带”理解为不仅包括各保证人与债务人之间承担的是连带责任，还包括各保证人之间就保证责任应承担连带责任。

对于第二个问题目前有两种观点，一种观点认为是债权人起诉立案时，一种观点是法庭辩论终结前，庭审中法官应进行必要的释明。笔者倾向于后一种。考虑到当前当事人的法律知识并不普及，为积极保障债权实现，有必要对债权人进行释明，促使其慎重选择。在对债权人充分释明后，债权人仍坚持其选择的，依法作出裁判；如果经释明后债权人同意追加其他保证人为共同被告的，依申请追加。如果在法庭辩论终结后，债权人申请追加其他保证人为被告或者另行起诉其他保证人的，人民法院不应同意或不予受理。

编写人：山东省淄博市博山区人民法院　孙大鹏

36

法院对保证期间是否届满应主动审查

——高青县农村信用合作联社诉田永民等金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省淄博市高青县人民法院（2012）高商初字第1062号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告：高青县农村信用合作联社

被告：田永民、王某、王京芝、田永军

【基本案情】

被告田永民于2007年3月4日与原告分社常家信用社签订借款合同，向原告

借款30000.00元，合同到期日为2009年3月28日，借款种类为短期流动资金贷款，借款用途是承包土地，借款按月利率10.1175‰计收利息，借款按月结息。借款合同第三条第三项约定因借款人不履行本合同约定的义务，影响贷款人债权实现时，贷款人有权向人民银行、其主管部门或新闻媒体进行公告催收。担保人王京芝、王某、田永军与原告常家分社于2007年3月29日签订最高额保证合同，为该笔借款提供保证担保，保证担保的债权最高余额为30000.00元，保证方式为连带责任保证，保证范围包括主债权本金、利息、罚息、违约金、损害赔偿金以及实现债权的费用，保证期间为主合同约定的债务人履行期限届满之日起二年。合同签订后，原告于2008年3月30日支付给被告田永民借款30000.00元，并确定贷款期限至2009年3月28日，贷款利率为月利率11.8275‰，借款到期后，被告田永民未按照合同约定偿还本息。担保人王京芝、王某、田永军亦未履行担保责任。借款到期后，原告于2011年1月18日的《山东法制报》刊登催收公告对借款人及担保人进行催收。

原告认为，在被告的行为已经影响债权实现的情形下，根据借款合同的约定可以进行公告催收。四被告均未到庭进行答辩。

【案件焦点】

被告王某、田永军、王京芝是否应当承担连带清偿责任。

【法院裁判要旨】

山东淄博市高青县人民法院经审理认为：本案审理的关键在于原告高青县农村信用合作联社通过报纸公告催收的事实，能否引起保证期间向诉讼时效的转换。原告与借款人王某在借款合同中第三条第三项约定因借款人不履行本合同约定的义务，影响贷款人债权实现时，原告有权采用公告进行催收。在借款人不按时偿还借款的情形下，原告按照约定的公告行为可以引起诉讼时效的中断。但原告与担保人即本案被告王某、王京芝、田永军之间的最高额保证合同中没有能够适用该方式向担保人主张履行担保责任的约定，并且原告无证据证实担保人存在下落不明或住所变更的情形，该公告催收并不引起保证期间向诉讼时效的转换。故，对原告称报纸公告催收的行为能够引起担保期间与诉讼时效转化之效力的主张，本院不予认可。

山东省淄博市高青县人民法院依照《中华人民共和国合同法》第四十四条、第

六十条、第一百零七条、第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国担保法》第二十六条第二款，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条之规定，判决被告王某偿还原告19999.96及利息30875.00元，驳回原告高青县农村信用合作联社要求被告王某、王京芝、田永军承担连带清偿责任的诉讼请求。

【法官后语】

该案审理的关键在于：保证人并未对保证期间是否届满提出抗辩，在此种情形下法院能否主动审查保证期间是否届满。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第明确了保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。根据此解释应当将保证期间定性为除斥期间。理由是，其一，保证期间是保证合同的效力存续期间，保证期间届满发生权利消灭的法律后果，《担保法》第二十五、二十六条规定，债权人未在保证期间向保证人主张清偿义务的，保证人不再承担保证责任；其二，《担保法》第二十五条规定债权人如在保证期间向保证人主张权利的保证期间适用诉讼时效的规定，从其立法本意看，设置了保证期间向诉讼时效的转换制度，其转换的条件是债权人在保证期间向保证人主张了权利，反之，保证期间过后，债权人的权利产生消灭的法律后果；其三，《担保法》规定的保证期间，是从债权人在客观上得以向保证人主张权利的起算时间，即保证期间的起算点是主债务履行届满之日，这与诉讼时效是不同的，《民法通则》第一百三十七条规定，诉讼时效期间从知道或应当知道权利被侵害时起算，其更倾向于权利人的主观状态。因此，保证期间应当定性为除斥期间。

编写人：山东省淄博市高青县人民法院　董涛

37

保证期间内设定条件无法完成，保证期间是否随设定条件无限延长

——中国建设银行股份有限公司韶关市分行诉植高明、韶关市曲江区兆康房地产开发有限公司借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省韶关市武江区人民法院（2013）韶武法民二初字第56号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告：中国建设银行股份有限公司韶关市分行（以下简称韶关市建行）

被告：植高明、韶关市曲江区兆康房地产开发有限公司（以下简称兆康公司）

【基本案情】

植高明、兆康公司于2010年12月9日签订了《商品房买卖合同》。合同约定：植高明向兆康公司购买位于韶关市曲江区城南大道13号的领秀国际一期商品房，房价为802550元，于签订合同当日交付首期款项242550元，余款560000元按揭贷款供房。

2011年11月22日，韶关市建行作为贷款人与作为借款人、抵押人的植高明及作为保证人的兆康公司签订了《个人住房（商业用房）借款合同》。合同约定，植高明以位于韶关市曲江区城南大道13号的领秀国际一期房产设定抵押，向韶关市建行借款560000元，抵押财产应办理必要的抵押登记手续。另外，合同采用抵押加阶段性保证，保证人在合同项下提供的保证为连带责任保证，保证期间为合同保证条款生效之日起至抵押登记办妥且抵押财产的他项权利证书、抵押登记证明文件

正本及其他权利证书交由贷款人核对无误、收执之日止。2011年12月5日，韶关市建行向植高明发放了560000元贷款，被告植高明借款后并不能按期向原告偿还贷款本息，每月均有逾期还款的违约行为，经原告催收后才陆续偿还。2013年3月21日，原告以被告植高明未偿还2012年12月至2013年3月期间的应还贷款为由，起诉至本院。

另查明：《个人住房（商业用房）借款合同》签订后，因被告植高明不配合，三方未按规定到房管部门办理房屋抵押登记，抵押物也没有办理房产证。

【案件焦点】

保证期间内设定条件无法完成，保证期间是否随设定条件无限延长。

【法院裁判要旨】

广东省韶关市武江区人民法院经审理认为，原告与植高明、兆康房地产公司签订的《个人住房（商业用房）借款合同》，是经借、贷及担保三方当事人协商后自愿签订的合同，内容未违反法律、法规对借贷及担保的有关规定，为有效合同，合同约定的内容对签约当事人应具约束力。合同签订后，原告将560000元贷款发放给被告植高明，履行了合同约定的义务。被告植高明作为借款人，应按约定承担每月支付利息及偿还借款本金的义务。但被告植高明借款后从未按时偿还过借款本息，每月均有逾期还款的违约行为，且从2012年12月起，便一直拖欠原告贷款本息至今未付，其拖欠行为已构成违约。鉴于双方在《个人住房（商业用房）借款合同》中已对未能按约还款，贷款人有权解除合同、收回全部款项及催收所产生的相关费用由借款人负担等作了明确约定。根据《中华人民共和国合同法》第九十四条第二款、第一百零八条规定，原告现起诉要求解除与被告植高明签订的《个人住房（商业用房）借款合同》、宣告贷款立即到期、借款人植高明清偿全部贷款本息，于法有据，本院予以支持。

原告与被告植高明、韶关市曲江区兆康房地产开发有限公司签订的《个人住房（商业用房）借款合同》虽约定被告植高明以其位于韶关市曲江区城南大道13号的领秀国际一期房产作抵押担保，但设定抵押后并未到房管部门办理抵押登记，依据《中华人民共和国担保法》第四十一条、第四十二条第二款的规定，该抵押未发生法律效力。因此，被告兆康房地产公司作为本案借款的保证担保人，为被告植高

明向原告贷款提供阶段性担保，按合同关于其保证期间为合同保证条款生效之日起至抵押登记办妥且抵押财产的他项权利证书、抵押登记证明文件正本及其他权利证书交由贷款人核对无误、收执之日止的约定，在抵押物未办理抵押登记前，被告兆康房地产公司对被告植高明应清偿给原告的借款本息及原告为实现债权与担保权利而发生的诉讼费用应承担连带保证责任。判决：一、解除原告中国建设银行股份有限公司韶关市分行与被告植高明、韶关市曲江区兆康房地产开发有限公司于2011年11月22日签订的《个人住房（商业用房）借款合同》，合同项下的贷款自合同解除时到期。二、被告植高明于本判决生效之日起十日内清偿结欠贷款本金548864.37元、利息11874.81元（暂计至2013年3月5日，之后新产生的利息按中国人民银行规定的同期贷款逾期利率计付）给原告中国建设银行股份有限公司韶关市分行。三、被告韶关市曲江区兆康房地产开发有限公司对被告植高明应偿还原告的借款本金、利息承担连带清偿责任。

【法官后语】

本案中，要求植高明承担还款责任的处理结果，是绝大多数人都予以认可的；但是对于要求兆康公司承担连带保证，有人也许会有疑虑。

韶关市建行、植高明、兆康公司三方约定的保证期间为合同保证条款生效之日起至抵押登记办妥且抵押财产的他项权利证书、抵押登记证明文件正本及其他权利证书交由贷款人核对无误、收执之日止。看似明确的约定，实则并不明确，案例中抵押登记无限推迟，保证期间则无限延长。《担保法》第十五条有关于保证合同必须有明确保证期间的规定。根据最高院司法解释，当事人约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明。约定是对保证期间所设的限制，对于“附条件”还是“附期限”只能适用于法律行为，并不能适用于保证期间本身。因而可以理解为本案例中的保证期间约定不明。但另一方面，兆康公司担保的意思本身就是，在植高明所购房屋未抵押时，其承担连带责任；只要抵押未设定，植高明无力还款，韶关市建行则随时可向兆康公司主张权利。保证期间的约定是兆康公司的真实意思表示，从诚实信用、契约神圣和意思自治的私法精神出发，应该遵从保证人对民事责任的自愿安排，这样的约定在合理的范围内是应当被认定为有效的。

编写人：广东省韶关市武江区人民法院　秦晓芳

38

保证期间转换为诉讼时效的计算起点及诉讼时效过后对保证人主张保证债务的行为对保证人没有法律约束力

——中国信达资产管理股份有限公司广东省分公司诉连山壮族瑶族自治县水务局、广东电网清远连山供电局借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省清远市连山壮族瑶族自治县人民法院（2012）清山法民初字第10号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告：中国信达资产管理股份有限公司广东省分公司（以下简称信达广东分公司）

被告：连山壮族瑶族自治县水务局（以下简称连山水务局）、广东电网清远连山供电局（以下简称连山供电局）

【基本案情】

1995年12月27日，被告连山水务局与中国工商银行连山壮族瑶族自治县支行（以下简称工行连山支行）签订借款合同，约定被告连山水务局向工行连山支行借款2000000元，借款期限为1995年12月27日至1998年12月30日。被告连山供电局作为保证人在借款合同上签字盖章，约定当借款方不履行合同时，保证方同意连带承担偿还本息的责任。

借款期限届满后，被告连山水务局没有依约归还借款本金及利息。1999年1月22日、4月2日、11月10日、2000年6月11日，工行连山支行先后向被告连山水

务局发出催收通知。2001 年 11 月 26 日，被告连山水务局向工行连山支行归还借款本金 100000 元。2003 年 4 月 24 日，工行连山支行又向被告连山水务局发出催收通知。2003 年 9 月 29 日，被告连山水务局向工行连山支行归还借款本金 100000 元。

同时，工行连山支行先后于 1999 年 1 月 22 日、4 月 2 日、2000 年 3 月 13 日、6 月 11 日，向被告连山供电局发出催收通知。之后，工行连山支行被撤销，工行连山支行的债权债务由中国工商银行连州市支行管理。

2005 年 7 月 20 日，中国工商银行连州市支行将被告连山水务局所欠的借款本金 1800000 元和利息 231538.81 元（截至 2005 年 5 月 20 日）转让给原告信达广东分公司。双方于 2005 年 9 月 6 日在《南方日报》刊登了《债权转让通知书暨债务催收联合公告》。原告信达广东分公司又于 2007 年 4 月 29 日在《南方日报》、2009 年 4 月 19 日在《羊城晚报》、2011 年 3 月 28 日在《南方日报》刊登了《催收公告》。原告信达广东分公司认为两被告没有依约还款，请求两被告归还尚欠的借款本金及利息。

【案件焦点】

保证债务是否已超过诉讼时效。

【法院裁判要旨】

广东省清远市连山壮族瑶族自治县人民法院经审理认为：被告连山水务局认为所欠的债务已经转移给县淘金坪电站，但工行连山支行没有同意，债务转让不成立。从 1999 年 1 月 22 日至 2011 年 3 月 28 日，本案的借款合同诉讼时效多次发生中断，中断日期的时间间隔均没有超过 2 年，没有超过诉讼时效。在被告连山供电局与连山水务局、工行连山支行签订的借款合同中明确约定，当借款方不履行合同时，保证方同意连带承担偿还本息的责任。因此，本案的保证责任为连带保证责任。但在借款合同中双方没有约定保证期间，因此，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。在保证期间内，工行连山支行于 1999 年 1 月 22 日向被告连山供电局发出催收通知，要求被告连山供电局承担保证责任，此时保证期间依法解除，此后开始计算 2 年的保证债务诉讼时效。工行连山支行分别于 1999 年 4 月 2 日、2000 年 3 月 13 日、2000 年 6 月 11 日，向被告连山供电局发出催收通知。原告信达广东分公司在 2005 年 7 月 20 日受让债权后多次对保证人进行公告催收，但此时已超过

诉讼时效，该催收行为对保证人没有法律约束力。

广东省清远市连山壮族瑶族自治县人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百三十五条、《中华人民共和国合同法》第八十四条、第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条等规定，作出如下判决：

一、被告连山水务局从本判决生效之日起30日内清偿借款本金1800000元，利息231538.81元给原告信达广东省分公司，从2005年5月21日起的利息按原借款合同第三条的约定计算。

二、驳回原告信达广东省分公司的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案借款合同同时存在担保合同，如何确定保证期间及保证期间与保证合同诉讼时效的转换是计算保证债务诉讼时效起点最核心的问题。根据现有的规定，保证期间长度的确定有三种情形，第一是当事人约定保证期间，但最长不超过2年；第二是当事人未约定保证期间的，则适用6个月的法定期间；第三是约定不明的，则推定保证期间为2年。本案当事人未约定保证期间，因此，适用第二种情形，即本案保证期间从1998年12月30日起6个月。关于保证期间与保证合同诉讼时效的转换问题，目前只有《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三十四条第二款的规定，该条款虽然没有明确规定何时保证期间解除，但从该条款所使用的词句，可以明确确定当债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算诉讼时效。若债权人再次向保证人主张权利，引起的已是诉讼时效中断，也就是说保证期间在债权人第一次主张权利时已解除。本案中，当工行连山支行于1999年1月22日向被告连山供电局发出催收通知，此时保证期间依法解除，开始计算2年的保证合同诉讼时效。此后，工行连山支行的催收行为，均受诉讼时效相关规定的约束。由于本案的保证责任是连带保证责任，主债务诉讼时效中断，并没有引起保证债务诉讼时效中断。因此，本案保证合同诉讼时效独立于主债务诉讼时效，保证债务诉讼时效已过的情况下，原告起诉要求被告连山供电局承担保证责任依法得不到法院支持。本案判决生效后，被告连山水务局履行了还款义务。

编写人：广东省清远市连山壮族瑶族自治县人民法院　李福见

39

连带保证担保的时效问题

——广东南海农村商业银行股份有限公司大沥支行诉佛山市南海顺成铝制品有限公司、佛山市南海区大沥经济发展总公司金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省佛山市南海区人民法院（2013）佛南法沥民二初字第91号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告：广东南海农村商业银行股份有限公司大沥支行

被告：佛山市南海顺成铝制品有限公司（以下简称顺成公司）、佛山市南海区大沥经济发展总公司（以下简称大沥总公司）

【基本案情】

1999年5月至同年9月间，原告与两被告共签订（大沥信社）保借字顺成第9922至9930、9937、9938、9940至9946号合计18份保证担保借款合同，向顺成公司合计发放流动资金贷款900万元。顺成公司于2004年2月23日偿还本金30万元，现实欠借款本金870万元。合同均约定大沥总公司对借款提供连带保证担保，保证期限至全部贷款清偿完毕止。

贷款到期后，经原告反复催促，两被告虽在逾期贷款催收通知书上盖章签收承认欠款事实并承诺抓紧归还，但一直未践诺。请求判令：1. 被告顺成公司向原告清偿借款本金870万元及利息7100358.41元（暂计至2005年7月21日，从2005年7月22日起至被告清偿完毕止，请求以欠付金额按中国人民银行公布的农村信

用合作社逾期贷款利率计付利息）；2. 被告大沥总公司对上述借款本息承担连带清偿责任；3. 被告承担本案的全部诉讼费用。

诉讼中，原告述称涉案借款至2004年8月10日利息共4410936.70元。

被告顺成公司辩称，顺成公司于2004年8月10日被佛山市南海区人民法院受理破产还债一案，并于2004年9月10日裁定宣告破产还债，至今破产程序尚未审理终结。在债权申报期间，原告已经将涉案欠款向清算组进行了申报。因此，原告应按破产程序进行申报并在执行分配程序中进行处理。对于原告起诉的债权金额，清算组无权进行认定，根据破产法的规定，应由法院最终确认。

被告大沥总公司辩称，大沥总公司的保证期间已届满，保证责任已消灭，依法不应承担保证责任。

【案件焦点】

被告大沥总公司是否要承担连带保证责任。

【法院裁判要旨】

广东省佛山市南海区人民法院经审理查明后认为，原告与两被告之间签订的保证担保借款合同均合法有效。《中华人民共和国企业破产法》第四十六条规定，附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。顺成公司辩称利息应计至2004年8月10日，本院予以采纳。原告所诉本金准确，计至2004年8月10日利息与本金计算相符，该部分本息本院均予以支持，此期限以外的利息则不予支持。顺成公司作为涉案借款的主债务人，依法应向原告归还涉案借款本息，其被宣告破产还债不影响本案判决结果。大沥总公司作为借款担保人，依法应承担连带担保责任。大沥总公司辩称保证期间已届满，其保证责任已消灭。对此本院认为，合同中约定大沥总公司对借款提供连带保证担保，保证期限至全部贷款清偿完毕止，该保证期限为主债务履行期届满之日起两年，在保证期间届满前原告向其催收主张权利，导致保证债务诉讼时效起算。此后，原告在每相距两年之内均对其主张了权利，引起诉讼时效中断重新起算。因此，大沥总公司应对涉案借款本息承担连带清偿责任，其答辩理由本院不予采纳。

综上所述，依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条、《担保法》第十八条、第三十一条和《中华人民共和

国企业破产法》第四十六条的规定，判决如下：

一、被告佛山市南海顺成铝制品有限公司应于本判决发生法律效力之日起十日内向原告广东南海农村商业银行股份有限公司大沥支行归还借款本金870万元及至2004年8月10日止的利息4410936.70元；

二、被告佛山市南海区大沥经济发展总公司对上项债务承担连带清偿责任；

三、驳回原告广东南海农村商业银行股份有限公司大沥支行的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案重点在于被告大沥总公司是否应对主债务人顺成公司的借款本息承担连带担保责任。《担保法》第十八条规定，当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任担保。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三十四条第二款规定，连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。

具体到本案，因为合同中约定大沥总公司对借款提供连带保证担保，保证期限至全部贷款清偿完毕止，该保证期限为主债务履行期届满之日起两年，在保证期间届满前原告向其催收主张权利，导致保证债务诉讼时效起算。此后，原告在每相距两年之内均对其主张了权利，引起诉讼时效中断重新起算，因此，被告大沥总公司应对涉案借款本息承担连带清偿责任。

编写人：广东省佛山市南海区人民法院　朱劲雄

40

公安机关对主债务人的刑事立案侦查是否引起保证债务诉讼时效中断

——柳州市厚望贸易有限责任公司诉宁某等借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广西壮族自治区高级人民法院（2012）桂民一终字第14号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：柳州市厚望贸易有限责任公司（以下简称厚望公司）

被告（被上诉人）：宁某、何某、广西柳州特种变压器有限责任公司（以下简称特变公司）

【基本案情】

1997年4月至9月期间，农行柳州分行、柳州地区羽绒厂、广西柳州特种变压器厂（后更名为本案特变公司）三方分别签订两份《保证担保借款合同》，约定由柳州地区羽绒厂向农行柳州分行借款共计300万元，借款期限一年，全部借款由特变公司提供连带责任保证，保证期间为借款到期后两年。

合同签订后，农行柳州分行依约向柳州地区羽绒厂足额发放了贷款。贷款到期后，柳州地区羽绒厂均无力偿还。农行柳州分行遂于1999年11月3日将柳州地区羽绒厂、特变公司一并诉至法院，要求其对欠款承担偿还责任。案件审理过程中，农行柳州分行将上述300万元贷款本息及特变公司担保权益债权如数转让给中国长城资产管理公司南宁办事处（以下简称长城公司南宁办事处），并向柳州地区羽绒厂发出债权转移通知书，柳州地区羽绒厂予以确认；2002年6月24日原柳州地区

行政公署公安局经济侦查支队以宁某、何某涉嫌贷款诈骗罪立案侦查。随后，长城公司南宁办事处以此为由向法院申请撤诉，法院裁定准许长城公司南宁办事处撤回起诉。

2004 年 3 月 8 日，长城公司南宁办事处将其对特变公司、柳州地区羽绒厂的债权在《广西法治快报》上发布催收公告。2004 年 10 月 12 日，长城公司南宁办事处又将其受让取得的上述债权通过公开拍卖转让给厚望公司，并将该债权转让在《柳州日报》予以公告。

2007 年 3 月 15 日，来宾市公安局（原柳州地区行政公署公安局）以宁某、何某贷款诈骗犯罪事实不存在为由，决定撤销案件。长城公司南宁办事处即向特变公司发出通知，告知其债权转让事宜，要求特变公司直接向厚望公司履行保证责任。特变公司在该通知上签字盖章收到。2007 年 3 月 31 日厚望公司向特变公司发出债权催收通知书，要求特变公司承担连带清偿的保证责任。特变公司于 2007 年 4 月 4 日盖章确认收到该通知。

根据原柳州地区中级人民法院（2002）柳地民初字第 16 号民事裁定书认定，柳州地区羽绒厂名为集体，实为宁某、何某个人的私人企业，因未年检于 2000 年被工商机关吊销营业执照。

厚望公司于 2007 年 5 月 10 日以宁某、何某、特变公司为被告向一审法院提起诉讼，要求宁某、何某对 300 万元借款本息承担还款责任，特变公司对上述债务承担连带清偿责任。宁某、何某经法院合法传唤未到庭参加诉讼。特变公司辩称本案保证债务诉讼时效已过，其不应对本案债务承担保证责任。

【案件焦点】

本案的保证债务是否已超过诉讼时效。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区柳州市中级人民法院经审理认为：本案中，从公安机关决定立案受理宁某、何某涉嫌贷款诈骗罪至撤销该案期间，本案主债务诉讼时效中断，因此厚望公司向法院起诉宁某、何某并未超过诉讼时效，宁某、何某应当对欠付的本案债务 300 万元借款本息承担偿还责任。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法》解释）第三十六条第一款

的规定："连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断。"长城公司南宁办事处于2004年3月8日在报纸上向柳州地区羽绒厂及特变公司发布催收公告，是对主债务人和保证人特变公司主张权利，但从2004年3月9日至2007年4月4日期间无证据证实原债权人及厚望公司向特变公司主张过权利，故厚望公司于2007年5月向一审法院起诉时，保证债务已超过二年诉讼时效保护期限。

广西壮族自治区柳州市中级人民法院依照《担保法》解释第三十六条第一款等有关规定，判决：

一、宁某、何某应付给厚望公司贷款本金300万元及利息；

二、驳回厚望公司对特变公司的诉讼请求。

厚望公司持原审意见提起上诉。广西壮族自治区高级人民法院经审理认为：从法律关系上看，主合同与保证合同虽然存在关联性，但仍是各自独立的两份合同。根据《担保法》解释第三十六条第一款的规定，在连带责任保证中，主债务、保证债务的诉讼时效计算各自具有独立性，且诉讼时效的中断效力主要表现为主张权利的意思表示到达相应义务主体。在债权人只向主债务人主张权利而未向保证人主张权利的情形下，并不能推定其向保证债务人也已主张权利。在本案公安机关对宁某、何某涉嫌犯罪的侦查期间，厚望公司向特变公司主张权利不存在客观障碍。因此，自2004年10月12日厚望公司从长城公司南宁办事处受让债权，至2007年4月4日特变公司在厚望公司向其发出的债权催收通知书上盖章确认收到之日止，业已超过两年，在此期间，厚望公司无证据证实曾向特变公司主张过权利，故本案的保证债务已经超过诉讼时效。在特变公司没有明确表示对原担保债务承担保证责任的前提下，亦不应承担本案债务的连带清偿责任。一审判决正确，本院予以维持。

广西壮族自治区高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项的规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的核心问题是公安机关在对宁某、何某涉嫌犯罪的侦查期间是否构成保证债务诉讼时效的中断。二审法院在审理过程中出现了两种不同意见，第一种意见认为公安机关侦查期间不构成保证债务诉讼时效的中断，理由是：《担保法》解释第

三十六条第一款已经明确规定，在连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不当然中断。公安机关的侦查毫无疑问导致主债务诉讼时效中断，但并不影响债权人向保证人主张权利。第二种意见则认为公安机关侦查期间应当构成保证债务诉讼时效的中断，理由是：宁某、何某是否构成犯罪在公安机关侦查期间尚无定论，本案主合同借款合同的性质及效力当然也不能确定，在借款担保合同关系中，主合同的效力决定保证合同的效力，主债务范围决定保证债务范围，因此只有在主合同效力确定后才能确定保证合同效力。《担保法》解释第三十六条第一款的规定应当是在能够确定主合同、保证合同均为有效的情形下方能适用，否则在主合同效力尚不确定时，若先行由保证人承担了保证责任，一旦主合同被确定无效后，保证合同基于主合同无效而无效，则保证责任的先行承担将无事实和法律依据。

二审法院最后采纳了第一种意见。认为权利人主张权利的意思表示到达相应义务主体后即可引起诉讼时效中断的法律效力，在《担保法》解释第三十六条第一款已经明确规定主债务诉讼时效中断不必然导致保证债务诉讼时效一并中断的情况下，本案主债务人宁某、何某因涉嫌犯罪被公安机关立案侦查期间，厚望公司在受让债权后即应积极向保证人特变公司主张权利。借款主合同与保证合同是各自独立的合同，二者虽然有关联，但分属于不同的法律关系，即便在合同效力上保证合同受制于主合同，效力问题也仅是影响厚望公司向特变公司主张权利后是否需要以主合同为依据支持厚望公司请求的问题，至于厚望公司向特变公司作出主张权利本身的行为并不存在法律障碍。即使最后宁某、何某被认定构成犯罪，主合同为无效合同，也不影响厚望公司当时向特变公司主张权利引起保证债务诉讼时效中断的效力。因此，公安机关对宁某、何某涉嫌犯罪的侦查期间不构成保证债务诉讼时效的一并中断。

编写人：广西壮族自治区高级人民法院　谢素恒

41

当事人互负到期债务可以抵销

——谭孟勇诉段进红保证合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省菏泽市菏泽经济开发区人民法院（2012）菏开商初字第186号民事判决书

2. 案由：保证合同纠纷

3. 当事人

原告：谭孟勇

被告：段进红

【基本案情】

2010年1月30日，被告段进红与菏泽市牡丹区农村信用合作联社鸿润信用社（以下简称信用社）签订了《借款合同》一份，约定：被告向信用社借款30万元。期限2010年1月30日至2011年1月20日。借款利率执行年利率11.151%。采取一次性还本付息法，担保方式为保证。同日，被告、信用社、原告及王文庆、田殿凯共同签订了《最高额保证合同》一份，约定：被保证的主债权最高额为保证人自愿为债务人自2010年1月30日起至2011年1月20日止，实际形成的债权的最高余额30万元提供担保。担保范围包括债务人依主合同与债权人发生的全部债务本金、利息、逾期利息、复利、罚息、违约金、损害赔偿金以及诉讼费、律师费等债权人实现债权的一切费用。保证方式为连带责任保证。保证期间为主合同约定的债务人履行债务期限届满之日起二年。合同签订后，被告从信用社取得了借款30万元。后因被告及保证人未能按合同约定归还借款，菏泽市牡丹区公安局对被告及原告采取了刑事强制措施。2012年8月2日，原告的亲属代原告将被告尚欠信用社的

借款本金及利息共计 189061.42 元还清。后原告向法院提起诉讼，请求判决被告偿还原告代偿款 140061 元及利息。另查明，原告于 2010 年 1 月 30 日，曾向被告借款 20 万元，至原告起诉之日，尚欠原告 49000 元未还。对此被告也予以认可。

【案件焦点】

当事人互负到期债务可否抵销。

【法院裁判要旨】

山东省菏泽经济开发区人民法院经审理认为：依法成立的合同，对当事人具有法律约束力，当事人应当按照约定履行自己的义务。被告与信用社签订的《借款合同》及与信用社、原告签订的《最高额保证合同》，均是各方当事人的真实意思表示，没有证据证明上述合同违反了法律、法规的禁止性规定，本院依法予以确认有效。信用社已按约将 30 万元借款支付给了被告，而被告并未按照合同约定履行偿还借款的义务。现原告代被告偿付了被告所欠信用社的借款本金及利息，根据《中华人民共和国担保法》第三十一条的规定，原告向被告追偿代偿的借款本息符合法律规定，法院予以支持。由于被告对原告所述的 49000 元欠款未提出异议，现原告提出将所欠被告的借款抵销，符合法律规定，法院予以支持。原告代被告偿还的借款本息 189061.42 元扣抵尚欠被告的 49000 元，被告还应当支付原告 140061.42 元。原告要求被告支付尚欠代偿款的利息，自向法院提起诉讼之日起、按同期银行贷款利率计算，不违反法律规定，法院予以支持。被告对原告要求其支付代偿款的诉请虽持有异议，但并未提出相应的证据，法院不予采信。据此，山东省菏泽经济开发区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第八条、第九十九条、《中华人民共和国担保法》第三十一条之规定，作出如下判决：被告支付原告代偿款 140061 元及利息（利息从 2012 年 9 月 29 日起按照中国人民银行公布的同期同类贷款基准利率计算至本判决确定的履行期限届满之日止）。该判决现已发生法律效力。

【法官后语】

本案处理的重点在于对《担保法》第三十一条的适用及合同法中关于债务抵销的规定。《担保法》第三十一条规定，保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。原告作为连带责任保证人，在被告违约未按时归还信用社借款的情况下，有义

务代被告偿付借款本息。但原告在承担了保证责任后，有权向被告追偿。同时对于当事人互负到期债务，《合同法》第九十九条规定，当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。本案中对于原告欠被告49000元，双方均认可，法院可根据据上述规定在本案中从被告应偿还原告的款项中予以扣除。

本案中还有一点值得注意，被告称所贷款项被原告所用，此款应当由原告归还。但合同具有相对性，借款合同的当事人应当是被告与信用社，在此合同中被告是借款人，应当按合同约定归还所欠借款本息。即使被告有证据证明此贷款被原告所用，但也只是原告与被告之间存在民间借贷关系，与被告与信用社之间的借款合同关系不是同一法律关系。在本案中，由于原、被告对原告尚欠的49000元债务认可且同意抵销，法院可依法予以抵销。而原告向信用社代被告归还的贷款本息，是履行的连带责任保证人的义务，应当向被告追偿。

编写人：山东省菏泽经济开发区人民法院　闫敏

42

债务到期后出具保证书的法律性质认定

——彭某诉王某民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市高级人民法院（2012）高民申字第03207号民事裁定书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人、被申请人）：彭某

被告（上诉人）：王某

申请人：付某

【基本案情】

彭某通过姜某介绍认识王甲和王某（2010年6月29日死亡）。2005年12月30日，兴达木（北京）国际科技有限公司（以下简称兴达木公司）出具借款条，内容为：公司暂时困难，暂从彭某同志处借款30万元整，从借款之日起30日内还清此款项。此款条法律有效。于1月30日以前不还清，公司愿承担一切法律责任。见证人：王某、姜某。借款条上盖有兴达木公司的印章和法定代表人王甲的签字。2006年5月17日，王某书写保证书：我帮王甲在2005年12月30日向彭某借人民币30万元整。绝对没问题，如王甲不还清，我保证王某在2006年6月底之前还清，决不失言，否则我负有法律责任。诉讼中，彭某主张借款的数额是30万元，其中25万元为银行汇款，5万元为现金。王某称实际借款的数额是25万元，借条书写为30万元，属高利贷的性质。

经调取公安局的相关笔录显示：2008年1月28日，彭某在田村派出所的笔录：2005年11月，其在王某和姜某的见证下，给兴达木公司的负责人王甲借了30万元，通过银行转账给了王某25万元，现金给了5万元。当时王某承诺一个月内还钱，并承诺兴达木公司可以给彭某开工资。2008年1月28日，王某在田村派出所的询问笔录：王某称是兴达木公司的王甲借了彭某的钱。王某通过姜某认识了彭某，又把彭某介绍给了王甲。彭某以汇款形式直接汇给王甲25万元，王甲打的条是30万元，多的5万元是彭某的高额利息。当时其为见证人。2008年3月13日，王某在田村派出所的询问笔录：2005年12月，彭某答应借给王甲25万元，彭某以转账的方式给王甲的卡里打了25万元。2008年1月28日，王甲在田村派出所的询问笔录：2005年11月，通过王某认识彭某，借彭某25万元，并承诺高额利益，给彭某书写一张30万元的欠条。彭某是在银行汇25万元到自己的账户内。王甲还提到，对于其他受害人，也是采用承诺高额利益，打出比实际借款额高的欠条的方式骗钱。

北京市海淀区人民法院（2008）海刑初字第3423号刑事判决书，认定王甲以公司需要周转资金、开展业务为名，以高息回报为饵，向相关被害人借款，而后不依约定履行还款义务。该判决书中涉及的多名被害人亦均是打的借款数额高于实际

借款数额的情况。该判决书已发生法律效力。

2007年6月29日，彭某曾起诉王某归还30万元借款和利息，北京市海淀区人民法院（2007）海民初字第18485号民事裁定书，裁定驳回彭某的起诉，后被北京市第一中级人民法院发回重审。北京市海淀区人民法院重新组成合议庭，做出（2008）海民初字第16555号民事裁定书，驳回彭某的起诉，后再次被北京市第一中级人民法院发回重审。

【案件焦点】

王某向彭某出具的保证书如何定性。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：2005年12月30日，兴达木公司的借款条显示，兴达木公司从彭某处借款，借款条上并有兴达木公司的印章和法定代表人王甲的签字。可见最初王某仅是见证人，最初的借款方是兴达木公司而非王某。但是该笔借款于2006年1月30日到期，2006年5月17日王某书写保证书时，主债务已经到期，已为实际发生的债务。王某2006年5月17日作出如王甲不还清，保证自己王某在2006年6月底之前还清，否则负有法律责任的承诺，实际上是对到期债务承担偿还责任的承诺，而非一般意义上的提供担保。故王某在债务到期后的代为还款承诺使得王某与彭某之间形成了新的债权债务关系，即王某代兴达木公司向彭某还款的法律关系。王某辩称保证书是在彭某的胁迫下写的，但未提供充分的证据证明胁迫情形的存在，故应认为该保证书是王某的真实意思表示，合法有效。根据《中华人民共和国合同法》第八条的规定，依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务。故王某应承担向彭某还款的责任。

对于彭某的借款数额到底是30万元还是25万元，双方各执一词。彭某主张25万元通过汇款形式，5万元是现金交付，共计30万元，所以打了30万元借款的条。王某则主张只有25万元汇款借款，因为兴达木公司王甲以高额利息引诱借款，所以借25万元打了30万元的借条，且认为高息的问题可从询问笔录和刑事判决书中推出。综合考虑询问笔录和刑事判决书的内容，可见当时王甲以兴达木公司名义四处借款诈骗，采取的手段均是承诺高额利益，打出比实际借款额高的欠条的方式，

且彭某对于现金5万元的借款并未提供充分有效的证据，故法院认定彭某实际借款25万元，另外5万元是超出法律规定的高利贷利息，故王某仅负有返还25万元借款的义务，对于彭某主张的另外5万元不予支持。彭某主张王某支付2006年1月31日至实际还清之日按照同期银行存款利率计算的利息，因王某的还款承诺中并无利息的约定，故对彭某利息方面的诉讼请求，不予支持。北京市海淀区人民法院依据《中华人民共和国合同法》第八条、第二百一十一条之规定，作出如下判决：

一、自本判决生效之日起七日内，被告王某向原告彭某返还借款二十五万元；

二、驳回原告彭某的其他诉讼请求。

王某持原审意见提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理认为：在兴达木公司向彭某借款到期未还的情况下，王某作出如王甲不还清，保证自己在2006年6月底之前还清，否则负有法律责任的书面承诺。现彭某持兴达木公司出具的借款条及王某书写的保证书，要求王某承担偿还借款的责任，理由充分，应予支持。关于借款数额，原审法院依据查明的事实，调取公安机关的询问笔录及根据北京市海淀区人民法院（2008）海法初字第3423号刑事判决书中的内容，确认彭某实际借款额为25万元，另5万元为超出法律规定的高利贷利息正确，故判决王某返还借款25万元并无不妥。王某上诉提出其出具的保证书为一般保证，不应承担还款责任一节，王某明知该借款方系兴达木公司，而愿以其个人名义向彭某出具债务到期后代为还款的承诺，其与彭某之间即形成了债权债务关系，故王某负有返还借款的义务。北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审判决后，王某于2010年6月29日死亡。王某之妻付某不服二审判决向北京市高级人民法院申请再审，理由如王某上诉意见。北京市高级人民法院经审查认为二审判决认定事实清楚，适用法律正确，裁定驳回了付某的再审申请。

【法官后语】

本案处理重点主要在于债务到期后向债权人出具保证书承诺如债务人不还保证还款的性质的理解。我国《担保法》第十七条规定，“当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。一般保证的保证

人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债务人可以拒绝承担保证责任。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三十二条规定“保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。”

具体到本案中，一、二审法院在最初的审理中思路是不同的，最初的一审法院两次都认定该保证书为一般保证，从而裁定驳回彭某的起诉，但二审法院两次发回重审，最后形成本案判决。出现这种情况的主要原因即在于对有关规定和对主债务到期后出具保证书性质的不同认识和理解。一审法院最初认为一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。一般保证的保证人与债务人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。现彭某与兴达木公司之间的主债务尚未经过审判或仲裁，且彭某对王某的起诉已超过王某对上述债务的保证期间，故彭某现以王某作为被告，起诉主体不适格，从而裁定驳回彭某的起诉。

但二审法院认为，根据王某所书保证书内容看，王某作为一般保证的保证人，已然放弃在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任的权利，即一般保证人所享有的先诉抗辩权；一般保证的保证人与债务人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月，但因王某在保证书中表示在王甲不还清债务时，其保证在2006年6月底前还清，故王某亦放弃了对一般保证的保证期间的抗辩权。且王某明知该借款方系兴达木公司，而愿以其个人名义向彭某出具债务到期后代为还款的承诺，其与彭某之间即形成了债权债务关系，故王某负有返还借款的义务。

值得注意的是，本案中王某出具保证书，系在主债务履行期限届满之后，即债务均已到期之后出具的保证书，与债权债务合同签订时保证人提供的担保在性质上还是有所不同的。北京市高院经审查认为，从保证人在债务到期后提供的担保性质上应为形成新的债权债务关系角度分析，这种情况下尽管保证人出具保证书承诺承担保证责任，但在性质上不应认定其为保证，而应以新的债权债务关系来认定双方的权利义务。对新的债权债务关系不涉及债权人在保证期间内未行使权利保证人免责的问题。另外，本案中民间借贷纠纷有时书写本身很不规范，不能用严格的经济

审判标准要求老百姓，从保证书的内容上看，该保证书亦非严格意义上的一般保证，上有“债务人不还，其保证还清”的字眼，可以理解成王某代为偿还的意思。另，即使本案认定为一般保证，王某也放弃了先诉抗辩权和保证期间的抗辩权。综上，判决王某承担还款责任符合双方当事人的意思表示。

编写人：北京市高级人民法院　王立杰

三、抵押

43

借款人在其所有的抵押物上为保证人设定第二顺位担保物权作为反担保的，保证人可以申请实现担保物权

——台州市和信担保投资有限公司申请实现担保物权案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省台州市温岭市人民法院（2013）台温商特字第9号民事裁定书

2. 案由：申请实现担保物权纠纷

3. 当事人

申请人：台州市和信担保投资有限公司

被申请人：何连华

【基本案情】

2010年12月1日，中国工商银行股份有限公司台州经济开发区支行与被申请人何连华签订购车分期还款合同，约定：被申请人向汽车销售商台州经济开发区威联汽车服务部购买帕纳美拉4小型汽车，车辆总价为1347136元，被申请人已自行支付首付款447136元，剩余购车款，被申请人通过其在工商银行申办的用于购车分期付款的牡丹购车专用卡以透支方式支付，透支金额为900000元。同年12月4日，申请人与被申请人签订担保协议书，约定由申请人为购车分期还款合同项下的借款承担连带保证责任。同年12月30日，被申请人与工商银行签订抵押合同，约

定由被申请人将其所有的帕纳美拉4小型汽车为其向工商银行的借款提供抵押担保，抵押担保的范围包括主债权本金、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金、滞纳金、超限费以及实现抵押权的费用（包括但不限于诉讼费、律师费、评估费等）。2011年1月14日，申请人与被申请人签订车辆抵押合同，被申请人将其所有的帕纳美拉4小型汽车为申请人享有追偿权而产生的债权提供抵押担保，并于同年1月18日在台州市车辆管理所办理抵押登记手续。后被申请人未按约支付车辆按揭款，2012年12月31日，申请人向工商银行代为偿还了547207.09元。

【案件焦点】

借款人在其所有的抵押物上为保证人设定第二顺位担保物权作为反担保的，保证人是否可以申请实现担保物权。

【法院裁判要旨】

浙江省台州市温岭市人民法院经审查认为：被申请人与工商银行之间签订的牡丹卡购车分期还款合同系双方自愿签订，合法有效，对双方具有约束力。申请人为被申请人的上述借款提供连带责任保证，被申请人以其所有的帕纳美拉4小型汽车为申请人提供反担保，并签订了车辆抵押合同，该抵押合同系双方自愿签订，合法有效，抵押权自抵押合同生效时设立。被申请人违反借款合同约定未按约偿还借款，申请人作为保证人代为履行了还款义务，在其承担保证责任后对抵押担保的车辆享有优先受偿权，优先受偿的范围为申请人为被申请人代为偿还的借款本金及利息。故申请人对车辆拍卖所得款项在其代偿范围内要求享有优先受偿权的申请，本院予以支持。依照《中华人民共和国物权法》第一百七十一条第二款、第一百七十三条、第一百八十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十五条的规定，裁定如下：对被申请人何连华所有的帕纳美拉4小型汽车拍卖所得款项在547207.09元及利息（自2012年12月31题起按中国人民银行规定的同期同档次贷款基准利率计算至裁定生效之日止）、申请费的范围内优先受偿。案件受理费4636元，由被申请人何连华负担。本裁定为终审裁定。

【法官后语】

现阶段，银行在处理小企业或自然人信贷义务中除了要求借款人提供抵押物设

定担保物权外，通常还要求借款人引入融资担保机构提供连带责任保证，这一模式大大增加了银行完全受偿的可能性，也弥补了小企业或自然人自身信用或担保物价值不足的缺陷。但当银行选择要求融资担保机构先行偿还借款时，根据法律规定，保证人履行保证责任后，债权人的债权得以清偿，抵押权随之消灭。如此，融资担保机构的债权将与其他普通债权一样处于平等地位而增加不能完全受偿的风险。为从根本上促进银行和融资担保机构就担保业务合作的良性循环，保障小企业或自然人从银行获得贷款渠道的畅通，应允许保证人在借款人的抵押物上设定第二顺位担保物权作为反担保。

根据《物权法》规定，第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。在本案中，和信担保公司为保证其追偿权的顺利实现，要求何连华在其所有的抵押物上设定第二顺位的担保物权，其本质上即属于本法规定的反担保。需要注意的是，反担保所担保的主债权不同于本担保，其担保的是基于本担保合同关系及代债务人为债务清偿之事实而产生的一种债权，是否发生取决于债务人是否违约以及担保人是否履行了担保责任，所担保的是或有债权。当何连华未按照约定偿还借款，和信担保公司先行代为偿还借款后，所担保的或有债权得以确定，和信担保公司据此向法院申请实现担保物权以填补其代偿损失，应当予以支持。

编写人：浙江省台州市温岭市人民法院　陈泳滨

44

未能办理正式抵押登记手续，抵押权预告登记是否失效

——中国银行股份有限公司温州市瓯海区支行诉胡静等金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省温州市中级人民法院（2013）浙温商终字第1188号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：中国银行股份有限公司温州市瓯海区支行

被告（上诉人）：温州东南集团有限公司

被告（被上诉人）：胡静、叶向东

【基本案情】

2009年1月23日，胡静为向温州东南集团有限公司购房需要，向中国银行股份有限公司温州市瓯海区支行申请房屋按揭贷款，该行与胡静签订《购房借款合同》，该合同约定：借款金额为326万元，借款期限为216个月，还款方式为按月等额本息还款；如有证据证明发生可能影响偿还贷款本息情形的，借款人有权宣布贷款提前到期。胡静将坐落于温州市鹿城区民航路嘉一公寓某号房屋作为抵押物，为上述债务提供抵押担保；该抵押已于2009年2月2日办理预购商品房抵押权预告登记。温州东南集团有限公司作为保证人在《购房借款合同》上签字，约定对上述债务承担连带保证责任。2009年1月23日叶向东出具共同还款承诺书，承诺对上述债务承担连带共同偿还责任。2009年2月10日，原告依约向胡静发放了326万元贷款。温州东南集团有限公司认为胡静没有履行《购房借款合同》中抵押条款规定的相应义务，存在过错；公司做出的保证是阶段性担保，保证期间截止抵押物办妥正式抵押登记手续后，但由于胡静涉诉，抵押物被查封，才导致抵押物不能办理产权证及正式抵押登记手续，应该免除公司的保证责任。

【案件焦点】

未能办理正式抵押登记手续，抵押权预告登记是否失效；抵押权人瓯海支行就涉案抵押房屋能否享有优先受偿权。

【法院裁判要旨】

浙江省温州市瓯海区人民法院经审理认为：瓯海支行与胡静签订的购房借款合同，是双方真实意思表示，其内容符合法律规定。瓯海支行因胡静提供的抵押物被法院查封，宣布贷款提前到期，并已履行通知义务，符合合同约定。胡静未及时归还借款与支付利息，应依法承担违约责任。叶向东为胡静向银行借款出具共同还款承诺书，应依约承担连带清偿责任。温州东南集团有限公司为胡静向银行借款提供

连带责任保证，应依约承担连带清偿责任。本案借款由胡静提供坐落于温州市鹿城区民航路嘉一公寓某房屋作为抵押物，已办理抵押权预告登记手续，但并未在房产管理部门办理正式的抵押登记手续；根据《中华人民共和国物权法》相关规定银行对胡静提供的该抵押物并不享有抵押权，故瓯海支行对胡静提供的该抵押物也不享有优先受偿权。对银行请求对坐落于温州市鹿城区民航路嘉一公寓某房屋的拍卖、变卖或折价款享有优先受偿权，本院不予支持。对温州东南集团有限公司提出的免除保证责任的理由，本院不予支持。

浙江省温州市瓯海区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第一百九十六条、第一百九十八条，《中华人民共和国担保法》第十八条、第三十三条、第四十一条，《中华人民共和国物权法》第二十条、第一百八十七条之规定，作出如下判决：

一、胡静应在本判决生效后十日内偿付中国银行股份有限公司温州市瓯海区支行借款本金2753454.56元、利息14361.73元、复息46.53元及逾期息；

二、叶向东、温州东南集团有限公司对上述款项的偿付承担连带清偿责任；

三、驳回中国银行股份有限公司温州市瓯海区支行的其他诉讼请求。

瓯海支行、温州东南集团有限公司提起上诉，温州市中级人民法院经审理认为：涉案抵押房屋已于2009年2月2日办理了预购商品房抵押权预告登记，但此后在合同履行过程中，因该房屋被法院查封，导致未能办理正式抵押登记手续。根据《中华人民共和国物权法》第二十条第二款的规定："预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效"，而本案客观上存在涉案房屋因涉诉被法院查封，致使不能办理正式抵押登记，亦不存在归责于抵押权人怠于行使权利的情形，现抵押债权尚未消灭，故不宜宣告抵押房屋预告登记失效。瓯海中行作为预登记的抵押权人，对预登记的房屋所有权可以优先于他人实现其债权请求权，有权以预登记的涉案抵押房屋的折价或者拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。瓯海中行和东南集团关于此点的上诉理由均成立，本院予以采纳。

浙江省温州市中级人民法院依照《中华人民共和国物权法》第二十条第一款、第一百七十六条、第一百七十九条、第一百九十五条，《中华人民共和国担保法》第三十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）、（二）项的规定，判决如下：

一、维持温州市瓯海区人民法院（2013）温瓯商初字第243号民事判决；

二、如胡静不能偿付本判决确定的借款本息，则中国银行股份有限公司温州市瓯海区支行对胡静为预告登记权利人的坐落于温州市鹿城区民航路嘉一公寓某房屋的拍卖、变卖或折价款享有优先受偿权；

三、温州东南集团有限公司在承担连带清偿责任后，有权向胡静追偿。

【法官后语】

本案处理重点是预购商品房抵押权预告登记的法律定性。预购商品房抵押预告登记是为了保全抵押权人获得将来建成房屋为抵押标的的请求权，该抵押预告登记作出后，并不立即导致房屋抵押权的实现，而只是使预告登记申请人取得一种请求将来发生房屋物权抵押的权利，其实质是预告登记债权人约束预告登记债务人使其承担将来建成房屋作为抵押标的物的义务。

具体到本案中，一、二审法院审理思路出现分歧，主要原因在于对预购商品房抵押预告登记的法律效力的理解，一审认为抵押权产生于抵押登记，二审认为涉案房屋因涉诉被法院查封致使不能办理正式抵押登记，亦不存在归责于抵押权人怠于行使权利的情形，且抵押债权尚未消灭，故不宜宣告抵押房屋预告登记失效，故预登记抵押权人对预登记的房屋所有权可以优先于他人实现其债权请求权，从而对一审判决予以改判。

值得注意的是，二审根据《物权法》第20条的规定对本案抵押房屋预告登记是否失效进行审查，最终认定不宜宣告抵押房屋预告登记失效，但预告登记没有失效是否等同于直接产生抵押权值得探讨。

编写人：浙江省温州市瓯海区人民法院　蒋玲玉

45

借款合同中已明确约定适用具体担保合同是否等于排除适用其他担保合同

——中国建设银行股份有限公司永嘉支行诉特尔阀门有限公司等金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省温州市中级人民法院（2013）浙温商终字第38号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：中国建设银行股份有限公司永嘉支行（以下简称建行永嘉支行）

被告（被上诉人）：特尔阀门有限公司（以下简称特尔公司）

被告：浙江德喜阀门有限公司（以下简称德喜公司）、刘德喜、黄美玲、浙江西欧阀门科技有限公司（以下简称西欧公司）、杨和平

【基本案情】

2010年6月3日，特尔公司与建行永嘉支行签订编号为XC62766499902010060432《最高额保证合同》，约定特尔公司为德喜公司与建行永嘉支行在2010年6月4日至2013年6月4日期间发生的债务承担最高限额为247.4万元的连带保证责任等。

2011年4月6日，西欧公司与建行永嘉支行签订编号为XC62766499902011040931的《最高额保证合同》，约定西欧公司为德喜公司与建行永嘉支行在2011年4月6日至2012年4月6日期间发生的债务承担最高限额为631万元的连带保证责任等。

2011年4月11日，黄美玲与建行永嘉支行签订编号为XC62766492502011040831l

的《最高额抵押合同》，约定黄美玲以其所有的坐落于温州市鹿城区的商铺作为抵押物，对德喜公司在2011年4月16日至2014年4月16日期间向建行永嘉支行的借款在限额525万元内提供抵押担保等。2011年4月19日，建行永嘉支行和黄美玲在房管部门办理了抵押登记手续。

2011年4月11日，刘德喜、杨和平与建行永嘉支行签订编号为XC627664999020110409312《最高额保证合同》，约定刘德喜、杨和平为德喜公司与建行永嘉支行在2011年4月6日至2014年4月6日期间发生的债务承担最高限额为1006万元的连带保证责任等。

2011年11月9日，建行永嘉支行与德喜公司签订编号为XC627664123 0201111033的《借款合同》，约定：德喜公司向建行永嘉支行借款115万元；借款期限为2011年11月8日至2012年11月7日等。同日，建行永嘉支行与德喜公司签订编号为XC627664123 020111108312的《借款合同》，约定：德喜公司向建行永嘉支行借款35万元；借款期限为2011年11月9日至2012年11月8日等。合同签订后，建行永嘉支行于同日履行了放款义务。上述借款合同的其他约定事项中，均未约定上述债权在建行永嘉支行与特尔公司签订的编号为XC62766499902010060432《最高额保证合同》的担保范围，而约定上述债权在编号为XC627664999020110409 31、XC627664999020110409312《最高额保证合同》与编号为XC627664925020110408311的《最高额抵押合同》的担保范围。

借款后，德喜公司未按约支付借款利息，建行永嘉支行起诉要求德喜公司偿还借款本金150万元及利息，并要求对拍卖、变卖黄美玲抵押房产所得价款享有优先受偿，特尔公司、西欧公司、刘德喜、杨和平在最高额担保范围内承担连带偿还责任。特尔公司认为其与建行永嘉支行、德喜公司提过不再为德喜公司提供担保，德喜公司亦承认由于特尔公司不愿担保才找西欧公司提供担保。建行永嘉支行否认特尔公司曾提出不再为德喜公司提供担保的事实。

【案件焦点】

特尔公司是否需对德喜公司的借款承担最高额连带偿还责任。

【法院裁判要旨】

浙江省永嘉县人民法院经审理认为：建行永嘉支行与德喜公司签订的两份《借款合同》，与黄美玲签订的《最高额抵押合同》，分别与西欧公司、刘德喜和杨和

平夫妻签订的两份《最高额保证合同》均未违反法律、行政法规的强制性规定，具有法律约束力，各方当事人均应当按照约定履行义务。特尔公司虽与建行永嘉支行签订了《最高额保证合同》，但建行永嘉支行给德喜公司的本案两笔借款，未将该《最高额保证合同》列入担保范围，故建行永嘉支行要求特尔公司对本案借款承担连带保证责任，不予支持。

浙江省永嘉县人民法院依照《中华人民共和国合同法》第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国物权法》第一百九十五条第一、二款，《中华人民共和国担保法》第十二条、第十八条的规定，判决驳回建行永嘉支行要求特尔公司对本案借款承担连带偿还责任的诉讼请求，支持了建行永嘉支行的其他诉讼请求。

建行永嘉支行不服提起上诉称：原审法院以建行永嘉支行与特尔公司签订的最高额保证合同未在建行永嘉支行与德喜公司签订的借款合同的其他约定事项栏内记载为由，认定特尔公司未对上述借款合同所涉借款提供担保，明显缺乏法律依据，且违反了法律的公平原则以及诚实信用原则，损害了当事人的合法权益。建行永嘉支行与特尔公司签订的最高额保证合同意思表达明确、真实，该合同中约定了特尔公司担保的对象、担保金额，无须建行永嘉支行与德喜公司在借款合同进行约定。再者，建行永嘉支行与德喜公司也无法在双方借款合同内约定是否由特尔公司提供担保。如果仅以借款合同中约定的内容确定担保人，势必损害其他担保当事人的利益，有悖合同法及担保法精神。特尔公司未向建行永嘉支行表达过要与建行永嘉支行解除最高额保证合同或不再愿意担保的意思。

浙江省温州市中级人民法院经审理，对原审认定的事实予以确认，并认为：特尔公司与建行永嘉支行签订编号为XC62766499902010060432的《最高额保证合同》形成于2010年6月3日，有将该份保证合同列入从合同的借款合同所涉借款已清偿完毕。本案建行永嘉支行主张清偿的两份借款合同形成于2011年，与该份保证合同形成时间相距一年左右，借款合同中明确罗列了系列适用于该二份借款合同的保证合同及抵押合同，并未将建行永嘉支行与特尔公司签订的该份保证合同列入其中，应视为建行永嘉支行已以明示的方式对主合同即借款合同对应的从合同即保证合同及抵押合同作出选择。该种选择属于建行永嘉支行对其债权享有的担保权利作出自愿处分行为。建行永嘉支行的上诉请求及事实与理由不能成立，原审判决认定

事实清楚，证据确凿，适用法律正确。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点是在于对借款合同中已明确约定适用具体担保合同是否等于排除适用其他担保合同。我国《合同法》第十二条规定："合同的内容由当事人约定"。本案中特尔公司与建行永嘉支行签订的担保合同形成于本案借款发生之前，建行永嘉支行与德喜公司在借款合同中已明确约定了借款合同的从合同即担保合同，并未将特尔公司与其签订的担保合同列入其中，应属于当事人的真实意思表示，表明建行永嘉支行在本案借款中已放弃对特尔公司的担保要求。但如果担保合同形成于借款合同之后，虽然借款合同中没有标明，事实也无法标明，而担保合同则明确将该借款合同列入其担保范围，则该借款合同的担保合同应包括该事后签订的担保合同。

编写人：浙江省温州市中级人民法院　陈学箭

46

保证担保与抵押担保并存时的责任承担

——中国工商银行股份有限公司云浮分行诉云安县恒盈石业有限公司等金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省云浮市云城区人民法院（2013）云城法民二初字第55号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告：中国工商银行股份有限公司云浮分行

被告：云安县恒盈石业有限公司（以下简称恒盈石业公司）、云浮市华多利石业有限公司（以下简称华多利石业公司）、何光忠、何镜泉

【基本案情】

2010年8月28日，原告（甲方）与被告何光忠、何镜泉（乙方）签订一份《最高额保证合同》，约定：乙方所担保的主债权自2010年8月28日至2013年8月27日期间，在人民币2000万元内对甲方与被告恒盈石业公司签订的借款合同作保证担保；乙方承担保证责任的方式为连带责任保证；若主合同为借款合同，则合同项下的保证期间为：自主合同项下的借款期限届满之次日起两年，甲方根据主合同之约定宣布借款提前到期的，则保证期间为借款提前到期日之次日起两年；甲方主债权存在物的担保的，不论该物的担保是由债务人提供还是由第三人提供，甲方有权要求乙方先承担保证责任，乙方承诺不因此而提出抗辩……原告及被告何光忠、何镜泉分别在上述合同盖公章或签名确认。

2010年8月30日，被告恒盈石业公司因流动资金周转需要，向原告申请贷款，双方签订一份《小企业循环借款合同》，合同约定：循环借款额度为2000万元；循环借款额度使用期限为自本合同生效之日起至2012年8月26日……原告及被告恒盈石业公司分别在上述合同签名及盖公章确认。

2010年8月30日，原告作为抵押权人（甲方）与被告华多利石业公司作为抵押人（乙方）签订一份《最高额抵押合同》，合同约定：乙方以其坐落云安县六都镇红宇垌的国有土地使用权为甲方与被告恒盈石业公司签订的借款合同等作最高额抵押担保；乙方所担保的主债权自2010年8月30日至2013年8月29日期间，在人民币3440万元的最高余额内承担责任；乙方最高额抵押担保的范围包括主债权本金、利息、复利、罚息、违约金、损害赔偿金、汇率损失以及实现抵押权的费用（包括但不限于诉讼费、律师费、评估费等）；甲方主债权存在其他担保的，不论该担保是由债务人提供还是由第三人提供，甲方有权自行决定实现担保的顺序，乙方承诺不因此而提出抗辩……原告及被告华多利石业公司分别在上述合同盖公章或签名确认。2010年8月31日，双方到有关部门办理了抵押物登记。

合同签订后，被告恒盈石业公司于2011年8月19日通过网上银行提款20笔共计1500万元，约定还款日为2012年8月18日；2011年8月20日通过网上银行提款7笔共计500万元，约定还款日为2012年8月19日。借款到期后，被告恒盈石业公司未归还借款本金，1500万元借款的利息归还至2012年8月18日，500万元借款的利息归还至2012年8月19日。欠款经原告多次催收，被告均未履行。

【案件焦点】

对同一债权，当保证担保与抵押担保并存时，如何确定担保人的责任及内部追偿。

【法院裁判要旨】

广东省云浮市云城区人民法院经审理认为：本案是金融借款合同纠纷。原告与被告何光忠、何镜泉签订的《最高额保证合同》、与被告恒盈石业公司签订的《小企业循环借款合同》、与被告华多利石业公司签订的《最高额抵押合同》，是各方当事人的真实意思表示，内容没有违反法律法规强制性规定，上述合同合法有效，应予以确认。各方当事人应当按照合同约定履行自己的义务。本案中，原告已按约定为被告恒盈石业公司提供贷款2000万元，但被告恒盈石业公司逾期未归还贷款本金，已违反了合同约定，构成违约，应承担继续履行、采取补救措施等违约责任。原告工行请求被告恒盈石业公司归还借款本金及逾期利息，合理合法，本院予以支持。被告华多利石业公司以其坐落于云安县六都镇红字垌的国有土地使用权为被告恒盈石业公司的债务在3440万元范围内作抵押担保，并在相关部门办理了抵押登记，该抵押合法有效，本院予以确认。原告工行请求对上述国有土地使用权享有优先受偿权，合理合法，本院予以支持。被告何光忠、何镜泉作为本案借款的保证人，在合同中约定对被告恒盈石业公司的债务在2000万元范围内提供连带保证责任，故原告工行请求两被告在2000万元额度内对本案债务承担连带清偿责任，理由成立，本院予以支持。

广东省云浮市云城区人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百零八条，《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条、第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国物权法》第一百七十九条，《中华人民共和国担保法》第十八条、第二十一条、第三十三条、第四十六条、第五十三条《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三十八条第一款以及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百四十四条的规定，作出如下判决：

一、被告云安县恒盈石业有限公司在本判决发生法律效力之日起十五日内归还借款本金2000万元及逾期利息（逾期利息的计算方法：以1500万元为借款本金，从2012年8月18日起至还清款日止按年利率11.316%计算；以500万元为借款本

金，从2012年8月19日起至还清款日止按年利率11.316%计算）给原告中国工商银行股份有限公司云浮分行。

二、原告中国工商银行股份有限公司云浮分行对被告云浮市华多利石业有限公司位于云安县六都镇红字垌的国有土地使用权在3440万元内且在上述第一判项的借款本息范围内享有优先受偿权。

三、被告何光忠、何镜泉在2000万元内对上述第一判项的借款本息承担连带清偿责任。

四、驳回原告中国工商银行股份有限公司云浮分行的其他诉讼请求。

一审判决后，原被告双方均没有提起上诉，此案已经发生法律效力。

【法官后语】

同一债权中抵押担保和保证担保同时存在情况下，各保证人如何分担保证责任的问题，不仅关系到债权人的利益的实现，同时关系到保证人的责任承担。《担保法》第二十八条第一款规定"同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。"这条规定是否应理解为抵押担保与保证担保并存时，保证人只在抵押物权范围外承担保证责任，即抵押物权优先保证债权？对此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三十八条第一款对此作出了进一步明确，规定"同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额"。据此，当保证担保与第三人提供的抵押担保并存时，债权人可以请求保证人承担担保责任，也可以请求抵押人承担抵押担保责任，而并非保证人必须在抵押担保物权范围之外承担保证责任。对于这种抵触之处，究竟应如何作出合理解释使之相互衔接？对此，笔者认为，抵押担保因抵押人不同可分为债务人提供的抵押担保与第三人提供的抵押担保两种形式，《担保法》第三十八条第一款是对第三人提供物的担保与保证担保并存时担保人的责任承担所作的规定，而《担保法》第二十八条第一款是对债务人提供物的担保与保证担保并存时担保人的责任承担所作的规定。然而，由于长期以来，法律及司法解释未予以明确，造成了司法实践中的适用困难。2010年7月1日

起实施的《物权法》解决了这一问题，该法第一百七十六条明确规定“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”同时，该法第一百七十八条还规定“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”。

编写人：广东省云浮市云城区人民法院　陆桂秀

47

抵押合同未办理抵押登记的法律后果

——云浮市云城区农村信用合作联社诉刘柱娇等金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省云浮市云城区人民法院（2012）云城法民二初字第29号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告：云浮市云城区农村信用合作联社

被告：刘柱娇、梁宝舒、云安县新宝石材有限公司

【基本案情】

2012年3月27日，被告刘柱娇以购买石材为由向原告云浮市云城区农村信用合作联社申请贷款。2012年3月29日，云浮市云城区农村信用合作联社小企业专营中心与被告梁宝舒签订一份《借款合同》，被告刘柱娇在《借款合同》的借款人栏签名及按指模确认，被告梁宝舒在借款人配偶栏签名及按指模确认。同日，被告梁宝舒向云浮市云城区农村信用合作联社小企业专营中心书立一份《保证担保

书》，同意为被告刘柱娇的上述借款提供连带责任担保，保证范围包括债权本金及利息（包括复利和罚息）、违约金、赔偿金和原告为实际债权所发生的一切费用，保证期间自保证书作出之日起至主合同项下的债务履行期限届满之日后两年止。同日，被告刘柱娇、云安县新宝石材有限公司与云浮市云城区农村信用合作联社小企业专营中心签订一份《补充协议》，约定借款人在处置权属云安县新宝石材有限公司位于云浮市云安县六都镇南乡村委五官塘的四宗土地后所得款项应优先足额偿还云企农信（2012）个借字第01139218号的《借款合同》下的贷款本金和利息（包括罚息、复利等）。但双方未到相关部门办理抵押物登记手续。

合同签订后，原告云浮市云城区农村信用合作联社于同日将贷款200万元划入被告刘柱娇的指定账户，被告刘柱娇在借款借据上签名及按指模确认。被告刘柱娇借款后，没有归还借款本金及利息。另，原告云浮市云城区农村信用合作联社为实现本案债权而需支出律师费75000元。

【案件焦点】

不动产抵押合同未进行抵押登记的情况下，抵押合同是否有效，抵押人应如何承担责任。

【法院裁判要旨】

广东省云浮市云城区人民法院经审理认为：本案是金融借款合同纠纷。被告云安县新宝石材有限公司用其位于云浮市云安县六都镇南乡村委五官塘的四宗土地为该案借款作抵押，并签订了《补充协议》，该协议是当事人的真实意思表示，且没有违反国家法律和行政法规的禁止性规定，虽然未办理抵押物登记，但根据《中华人民共和国物权法》第十五条“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力”的规定，未办理抵押物登记的并不影响合同效力，该抵押合同是有效合同。同时，根据《中华人民共和国物权法》第一百八十七条“以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。”的规定，由于该案抵押物未办理抵押登记，抵押权并未设立，原告云浮市云城区农村信用合作联社对抵押物没有优先受偿权，被告云安县新宝石材有限公司作为抵押人，对原告受

到的损失，应当在抵押物价值范围内承担赔偿责任，但赔偿范围仅限于《补充协议》约定的借款本金及利息。

广东省云浮市云城区人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第九十条、第一百零八条，《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条、第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国物权法》第十五条、第一百八十七条以及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百三十条之规定，作出如下判决：

一、限被告刘柱娇在本判决发生法律效力之日起十五日内归还借款本金200万元及利息、复利、罚息给原告云浮市云城区农村信用合作联社。

二、限被告刘柱娇在本判决发生法律效力之日起十五日内支付律师费75000元给原告云浮市云城区农村信用合作联社。

三、被告梁宝舒对上述第一、二判项承担连带清偿责任。

四、被告云安县新宝石材有限公司在抵押物价值范围内对上述第一判项承担赔偿责任。

一审判决后，原被告双方均没有提起上诉，此案已经发生法律效力。

【法官后语】

《担保法》第四十一条规定："当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效"，《物权法》第十五条规定："当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力"，上述两条规定有所区别和冲突，由于本案签订抵押合同的行为发生在《物权法》施行之后，且《物权法》第一百七十八条规定："担保法与本法的规定不一致的，适用本法。"因此，本案应适用《物权法》。本案中，当事人签订的抵押合同是其真实意思表示，且合同未约定其他生效条件，根据《物权法》的上述规定，本案的抵押合同应确认为已生效。但抵押合同作为设权合同，抵押人必须办理抵押登记，债权人才可享有对抵押物的优先受偿权。本案当事人虽已签订抵押合同，但未按规定办理抵押登记，因此，虽然抵押合同有效，但根据《物权法》第一百八十七条规定："以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定

的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。”当事人的抵押权并未设立，为此，债权人对抵押物未能享有优先受偿权。抵押人由于违背诚实信用原则，未办理抵押登记，已违反了抵押合同的约定，致使债权人权利落空，对此，抵押人应承担违约责任。

编写人：广东省云浮市云城区人民法院　林燕

48

将需补交土地出让金的房屋设定抵押，抵押是否有效

——中国农业银行股份有限公司韶关复兴支行诉蒋玉东金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省韶关市浈江区人民法院（2013）韶浈法民二初字第79号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告：中国农业银行股份有限公司韶关复兴支行

被告：蒋玉东

【基本案情】

2009年12月8日，被告与韶关市延泽商贸有限公司签订《房地产买卖合同》，购买武江区西联镇阳山村委会上庙背新村房屋，并于2010年3月16日登记房地产权属，该证记载有“房屋转让，需补交土地出让金”的内容。

2010年4月27日，原、被告签订《个人购房担保借款合同》，约定由被告向原告借款8万元；借款用途为购买武江区西联镇阳山村委会上庙背新村房；借款期限自2010年4月27日起至2030年4月26日止；借款利率采用浮动利率，在中国人民银行同期同档次人民币贷款基准利率5.94%的基础上下浮20%，执行年利率4.752%，遇中国人民银行人民币贷款基准利率调整，自次年1月1日起按调整后

相应期限档次的基准利率和合同约定的借款利率浮动幅度确定新的借款执行年利率；采用等额本息还款法按月分期归还借款本息；被告以《房地产抵押清单》载明的抵押物武江区西联镇阳山村委会上庙背新村房设定抵押；对逾期借款从逾期之日起在合同约定的借款执行利率基础上上浮50%计收罚息；在合同有效期内，被告未足额偿还借款本息超过90天的，原告有权停止发放借款、提前收回已发放借款，有权提前行使担保权，有权宣布借款人与贷款人签订的其他借款合同项下借款立即到期或采取其他资产保全措施；借款人因房屋买卖合同与售房人之间发生的任何纠纷，均不影响借款人、保证人或抵押人履行其在本合同项下的承诺、保证、义务和责任。签订合同后，双方于2010年5月6日办理了抵押登记，原告取得房地他项权证。2010年5月6日，原告向被告发放了贷款8万元，但被告没有依约按期还款，截止2013年4月17日，被告欠原告贷款16期未还，共欠本金76153.59元、利息5996.47元，原告经催收无果，遂提起本案诉讼。

【案件焦点】

将需补交土地出让金的房屋设定抵押，抵押是否有效。

【法院裁判要旨】

广东省韶关市浈江区人民法院经审理认为：原、被告双方签订的《个人购房担保借款合同》依法成立并生效，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。原告依约向被告发放了贷款，被告未按时还款，欠原告贷款16期未还，经原告催告后仍未还款，其行为已构成根本违约，原告依法有权解除合同，要求被告偿还借款本息。被告将其所有的武江区西联镇阳山村委会上庙背新村房抵押给原告，并办理了抵押登记，抵押权已依法设立，原告就该财产享有优先受偿权。原告的诉讼请求有事实和法律依据，本院予以支持。被告提出其所购房屋是违法建造房屋，是受欺骗购买该房的问题属另一法律关系，可另寻途径解决。被告认为原告构成恶意串通欺骗被告，损害了被告的利益，显然与事实不符，其主张双方签订的抵押贷款合同是无效合同，理由不成立，本院不予采纳。

广东省韶关市浈江区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第九十三条第二款、第九十四条第（三）项、第（四）项、第九十七条、第一百零七条、第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条、《中华人民共和国物权

法》第一百七十九条、第一百八十七条、《中华人民共和国担保法》第三十三条和《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，作出如下判决：

一、解除原告中国农业银行股份有限公司韶关复兴支行与被告蒋玉东于2010年4月27日签订的《个人购房担保借款合同》。

二、被告蒋玉东于本判决生效之日起十日内偿还原告中国农业银行股份有限公司韶关复兴支行借款本金76153.59元及利息5996.47元（利息暂计至2013年4月17日，之后的利息含逾期利息、罚息、复利等，按中国人民银行的规定另计）。

三、原告中国农业银行股份有限公司韶关复兴支行对被告蒋玉东的抵押物武江区西联镇阳山村委会上庙背新村房屋享有优先受偿权。

【法官后语】

本案处理重点是：需补交土地出让金的房屋是否可以抵押？抵押权是否设立？我国《物权法》第一百八十四条规定“下列财产不得抵押：……（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产……”有一种观点认为，本案用于抵押的房屋是需补交土地出让金的房屋，该房屋是属于所有权不明或者是有争议的财产。笔者不认同这种观点，因为根据《物权法》第一百八十条的规定，建筑物和其他土地附着物是可以抵押的财产。本案用于抵押的房屋已办理房地产权证，所有权经过国家法定部门确认，房屋所有权明晰。至于是否需补交土地出让金并不影响房屋的所有权。而且，该房屋已办理了抵押登记。根据《物权法》第一百八十七条的规定，抵押权自登记时设立。故认定抵押权已依法设立，原告就该财产享有优先受偿权。

编写人：广东省韶关市浈江区人民法院　朱楚贤

49

借款人在签订抵押合同时存在欺诈行为，担保人是否有权申请确认借款合同无效

——中国建设银行股份有限公司临沂分行诉孙某等金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省临沂市兰山区人民法院（2012）临兰商再初字第12号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告（被申请人）：中国建设银行股份有限公司临沂分行

被告（申请再审人）：王某（曾用名王甲）

被告（被申请人）：孙某

【基本案情】

2006年4月21日，原告与被告孙某签订个人额度借款合同。该合同约定，被告孙某向原告借款人民币200000元。被告孙某以其位于临沂市兰山区兰山路×号西关居委的房屋作为抵押。同日，原告与被告王甲签订个人额度借款保证合同。约定保证人王甲为被告孙某的借款200000元提供连带责任保证。保证方式为：甲方提供连带责任保证。甲方确认，当债务人未按主合同约定履行其债务时，无论乙方对主合同项下的债权是否拥有其他担保（包括但不限于保证、抵押、质押等担保方式），乙方均有权直接要求甲方在其保证范围内承担保证责任。借款合同、保证合同签订后，原告依约履行了合同义务，于2006年4月21日支付给被告孙某人民币200000元。被告支付利息至2006年9月。此后，由于被告未能按约定期限付息，引起诉讼。被告王甲要求处理抵押物用于清偿借款。

原审判决孙某偿还建行临沂分行借款200000元并支付利息，王甲对该笔借款本金及利息承担连带清偿责任。

孙某与案外人刘某于1981年10月办理结婚登记，确立夫妻关系，2003年10月22日，夫妻感情不和协议离婚，离婚协议约定本案涉及的兰山路×号房产（产权所有人登记为男方孙某）为二人共有财产，产权二人各享有一半，房屋暂由男方居住。后孙某持与婚姻登记机关档案中内容不一致的财产分割协议，向房产登记机关申请办理个人房产登记，房产登记机关于2006年1月25日为孙某颁发了共有权人为0人的临房权证兰山区字第×号房权证，将应属于双方共有的房产登记为孙某个人所有。2007年3月13日，刘某以建行临沂分行、孙某为被告诉至我院，请求确认房屋抵押合同无效。本院作出（2007）临兰民一初字第4417号民事判决，认定孙某与建行临沂分行签订的抵押合同无效。2008年7月29日，刘某以临沂市房产管理局为被告向我院提起行政诉讼，请求法院依法撤销被告于2006年1月25日为第三人孙某颁发的临房权证兰山区字第×号房权证。我院作出（2008）临兰行初字第538号行政判决，撤销被告于2006年1月25日为第三人孙某颁发的临房权证兰山区字第×号房权证。该判决已生效。

申请再审人王京波以孙某房产证被兰山区法院依法撤销，孙某在签订借款合同过程中存在欺诈行为为由申请再审。认为借款合同无效，担保合同亦属无效，王甲不应承担担保责任。被申请人中国建设银行股份有限公司临沂分行辩称，申请再审人无权请求确认借款合同无效，其与我方签订的担保合同是有效的。

【案件焦点】

本案争议焦点为本案借款合同、担保合同是否有效及申请再审人王京波是否应承担担保责任。

【法院裁判要旨】

山东省临沂市兰山区人民法院再审认为，本案孙某采用欺诈手段骗取房产登记，因其房权证被撤销，导致其与建行临沂分行所签订的抵押合同无效，被申请人建行临沂分行基于对登记公信力的信赖，有理由相信孙某为该房屋的所有权人，有权在其上设定抵押，故合同相对方建行临沂分行在抵押合同无效问题上无过错。抵押合同的无效并不必然导致借款合同无效，该借款合同的签订未损害国家利益，不

能认定借款合同无效。法律赋予合同中受欺诈一方在非真实意思表示的情形下对合同行使撤销权。本案中，王甲并非借款合同相对人，其无权行使撤销权。本案受欺诈的建行临沂分行作为合同相对方并未行使撤销权，主张借款合同无效，且其在再审庭审中明确主张借款合同有效，是其真实意思表示，本院对此予以认可。

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三十八条第二款之规定：同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按照合同的约定或者法律的规定承担保证责任。该担保合同约定保证方式为连带责任保证，且当债务人未按主合同约定履行其债务时，无论建行临沂分行对主合同项下的债权是否拥有其他担保（包括但不限于保证、抵押、质押等担保方式），其均有权直接要求担保人在其保证范围内承担保证责任。因此，虽然抵押合同无效，担保人王甲仍应对孙某的贷款在保证范围内承担相应的民事责任。

山东省临沂市兰山区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十六条，作出如下判决：维持本院（2007）临兰民二初字第538号民事判决。

【法官后语】

借款人与银行签订的抵押合同被确认无效，借款人在签订抵押合同中有欺诈行为，该欺诈行为不应影响到借款合同的效力。《合同法》第五十二条第一款规定，一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益的为无效合同。因该借款合同未损害国家利益，不应认定无效。另外，法律规定只有受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或撤销合同，本案担保人非借款合同的当事人，即使借款合同存在欺诈行为，其亦无权请求法院撤销借款合同。《物权法》第一百七十六条规定：被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。《物权法》自2007年10月1日施行，原审判决时《物权法》并未施行，但依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三十八条第二款之规定：同一

债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按照合同的约定或者法律的规定承担保证责任。该担保合同约定保证方式为连带责任保证，且当债务人未按主合同约定履行其债务时，无论建行临沂分行对主合同项下的债权是否拥有其他担保（包括但不限于保证、抵押、质押等担保方式），其均有权直接要求担保人在其保证范围内承担保证责任。因此，虽然抵押合同无效，担保人王甲仍应对孙某的贷款在保证范围内承担相应的民事责任。

编写人：山东省临沂市兰山区人民法院　刘子瑜

50

主债权丧失国家强制执行力时，抵押权是否消灭

——石山等诉上林县农村信用合作联社抵押合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广西壮族自治区南宁市中级人民法院（2012）南市民二终字第410号民事判决书

2. 案由：抵押合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：石山（曾用名覃石杰、石杰）、石高胜、石高敏、石高金

被告（被上诉人）：上林县农村信用合作联社

【基本案情】

2003年4月，石山以自家所有的楼房作为抵押，向原三里信用社申请借款70000元。2003年9月3日，双方办理了相关的房屋抵押登记手续，登记机关分别出具他项权证由原三里信用社收执。2003年9月6日，石山及抵押物共有人石高胜、石高敏、石高金与原三里信用社签订了《抵押担保借款合同》，石山取得原三

里信用社发放的贷款70000元。2007年3月2日，根据中国银行业监督管理委员会广西监管局桂银监复（2007）29号《关于上林县农村信用合作联社开业有关问题的批复》的规定，原三里信用社被取消法人资格，变更为上林信用联社的分支机构，其债权债务由信用联社全部承继。后因石山未如约归还借款，信用联社诉至上林法院，请求判令石杰（现名石山）归还借款本金70000元及支付尚欠利息。石山提起反诉，请求判令信用联社把以“贷新还旧”手法从70000元贷款中扣还本人旧债和错扣还石强旧贷的共计40518.30元及利息返还给石杰，并支付违约金和赔偿经济效益损失各30000元；将作借款抵押的房产证退还给石杰。上林法院认为石杰请求信用联社返还房产证与本诉案件不是同一法律关系，不予处理，并作出（2008）上民二初字第9号民事判决书，判决石杰向信用联社偿还借款本金70000元并支付相应借款利息；驳回石杰的反诉请求。石杰不服该判决提起上诉，南宁市中级人民法院经审理作出（2009）南市民二终字第137号民事判决书，判决驳回上诉，维持原判。

2009年6月3日，（2009）南市民二终字第137号民事判决书、（2008）上民二初字第9号民事判决书发生法律效力。但至今石山尚未按（2008）上民二初字第9号民事判决书规定履行还款义务，信用联社也未提出强制执行申请。2012年6月，石山等人以该案在法定的申请执行期限内信用联社未申请强制执行，主债权消灭，抵押权业已消灭为由诉至上林法院，请求信用联社应当将抵押房屋的房屋所有权、国有土地使用权证、他项权证归还。

【案件焦点】

本案的抵押权是否消灭；上林信用联社是否应当将他项权证等归还石山。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区南宁市上林县人民法院经审理认为：石山等人与信用联社签订《抵押担保借款合同》符合房屋抵押登记生效法律要件，合法有效。石山等人提出的诉讼请求事实上就是要求解除抵押合同，登记机关已发给他项权证，他项权证所指向的房屋产权证、国有土地使用证虽由登记机关保管，但因抵押合同是原被告自愿订立，视同双方自愿交由登记机关保管。

本院作出的（2008）上民二初字第9号民事判决书及南宁市中级人民法院作出

的（2009）南市民二终字第137号民事判决书于2009年即发生法律效力，石山应当履行（2008）上民二初字第9号生效判决书规定的还款义务。抵押权属于担保物权，抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭，抵押也消灭，抵押权不受二年的申请执行期间约束，被告在申请执行时效期间届满前未提出申请，仅发生债权强制执行权消灭的后果，债权本身并不消灭，抵押权作为担保物权在债权仍存续的情况下不存在单独消灭的理由。原告的诉请依法无据，本院不予支持。

广西壮族自治区南宁市上林县人民法院依照《中华人民共和国担保法》第五十二条之规定，判决如下：

驳回原告石山、石高胜、石高敏、石高金的诉讼请求。

石山等人持原审意见提起上诉。广西壮族自治区南宁市中级人民法院经审理认为：石山等人向信用联社贷款并签订《抵押担保借款合同》，到相关登记机关依法办理了土地使用权、房屋所有权抵押登记。登记机关分别出具他项权证由信用联社收执。他项权证是证明土地、房屋抵押权、典权等他项权利存在的文件，依法应由抵押权人收执。石山等人在他项权证未依法注销的情况下，要求信用联社返还他项权证的请求无事实及法律依据。而石山等人的房屋所有权及国有土地使用权证是由登记机关收执，信用联社并没有收执，石山等人要求信用联社返还房屋产权证书及国有土地使用权证依法无据。至于相关登记机关是否应返还土地使用权证书和房屋产权证书给石山等人，不属于本案处理的范畴，本案不予处理，石山等人可另行起诉。综上所述，一审法院判决并无不当，本院予以维持。

广西壮族自治区南宁市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项、第一百五十八条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案事实较为清楚，争议的焦点是法律适用问题。即在主债权丧失国家强制执行力的情况下，为该主债权设定的物上抵押权应否归于消灭。

抵押权的消灭与抵押权的丧失不同。前者是指抵押权永远不存在，彻底灭失。抵押权作为担保物权之一种，其设立、消灭均须由法定。根据《物权法》、《担保法》的有关规定，抵押权的消灭一般基于以下情况：（1）主债权消灭；（2）担保

物权实现；（3）债权人放弃担保物权；（4）其他情形（因丧失对担保财产的占有而消灭、因另行提供担保而消灭等）。而后者是指过了主债权诉讼时效期间后，抵押权人丧失了抵押权受法院保护的权利即胜诉权，其权利本身并没有消灭。如果抵押人自愿履行担保义务的，抵押权人仍可以行使抵押权。显然本案不符合抵押权消灭的情形。

《担保法》第五十二条规定："抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭，抵押也消灭"，故抵押权与主债权同时存在，抵押权对其所担保的债权而言无期限，其作为担保物权在债权仍存续的情况下不存在单独消灭的理由。另外，根据相关法律规定，抵押权的实现方式有协商变卖或申请强制执行，即当事人自救主义和司法救济主义的结合。但这是抵押权的实现方式，并不决定抵押权本身的存亡。

综上，即使主债权丧失国家强制执行力的保护，该主债权的物上抵押权本身并不消灭，因而本案抵押权人即某银行占有他项权证有理有据。

编写人：广西壮族自治区南宁市上林县人民法院　卢一凤

51

特定抵押物与普通债权并存涉及的执行异议问题

——陈友勇、北京城乡建设集团有限责任公司、广东粤财投资控股有限公司、北京盛和发房地产开发有限公司案外人执行异议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市高级人民法院（2012）高民终字第1260号民事裁定书

2. 案由：案外人执行异议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：陈友勇

被告（被上诉人）：北京城乡建设集团有限责任公司（以下简称城乡集团）、广东粤财投资控股有限公司（以下简称粤财公司）

被告：北京盛和发房地产开发有限公司（以下简称盛和发公司）

【基本案情】

盛和发公司系盛和家园项目的开发商，在开发建设过程中，其向广东发展银行股份有限公司北京分行（以下简称广发行）贷款，并将盛和家园2号楼部分房产抵押给广发行作为借款担保。城乡集团系盛和家园项目建筑商。

因盛和发公司欠付工程款，城乡集团于2004年初在二中院起诉盛和发公司，诉讼中，城乡集团申请财产保全，2004年3月4日，二中院根据城乡集团的申请，保全查封盛和发公司所有的位于北京市朝阳区安慧东里2号院盛和家园尚未销售的所有房产及土地。后二中院于2004年7月作出（2004）二中民初字第623号民事判决书，判决主文为：一、盛和发公司于判决生效后十日内给付城乡集团工程款人民币三千一百三十九万三千六百元；二、盛和发公司于判决生效后十日内给付城乡集团逾期付款违约金（以三千一百三十九万三千六百元为本金，按每日万分之五计算，自2003年1月1日起至实际给付之日止）；三、驳回城乡集团其他诉讼请求。该判决已生效。

因盛和发公司未能及时偿还欠付广发行的贷款，广发行亦于2004年初起诉盛和发公司。诉讼中，广发行提出财产保全申请，2004年6月1日，二中院根据广发行的申请，保全查封盛和发公司所有的位于北京市朝阳区安慧东里盛和家园2号楼的60套房产（即抵押物）。2004年6月2日，二中院作出（2004）二中民初字第4276号民事判决书，判决主文为：一、广发行与盛和发公司签订的借款合同和抵押合同有效；二、盛和发公司于判决生效后十日内向广发行偿付借款本金人民币一千七百四十八万元及利息（自二OO三年十二月二十一日起至二OO四年四月十七日止，按年利率百分之六点一零六五计算，按月结息，计收复利；自二OO四年四月十八日起至款付清之日止，按日利率万分之二点一计算，按月结息，计收复利）；三、盛和发公司于判决生效后十日内向广发行偿付律师费人民币五十三万一千三百三十八元；四、广发行对盛和发公司抵押的房产享有优先受偿权。该判决亦已生效。

上述两份判决生效后，城乡集团及广发行均申请二中院执行。后，广发行将债

权转让给粤财公司。二中院于2008年7月18日做出（2008）二中执异字第829号民事裁定书，裁定债权转让给粤财公司。

执行中，案外人陈友勇主张其已向盛和发公司购买北京市朝阳区安慧东里2号院盛和家园某房屋（以下简称争议房屋），并已支付全部购房款，且实际入住，法院不应当再执行争议房屋。为证明其主张，其向法庭提交其与盛和发公司于2007年5月23日所签《商品房买卖合同》、盛和发公司为其开具的购房款发票、燃气费发票、物业费发票等证据材料。

另查，本案争议房屋包含于盛和发公司抵押给广发行的抵押房产中，亦包含于二中院（2004）二中民初字第4276号民事判决主文第四项广发行享有优先受偿权的房产中。该房产于2004年3月4日被二中院查封。

【案件焦点】

特定抵押物与普通债权并存涉及的执行异议，应当如何处理。

【法院裁判要旨】

北京市第二人民法院经审理认为：当事人不服法院执行异议裁定书，可以依法主张权利。《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条规定，案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。依据上述规定，如果本案争议标的物系作为执行依据的生效法律文书中明确指向的执行标的物，案外人、当事人不能选择以提起执行异议之诉的方式保护权利，案外人应当依照审判监督程序主张权利。

就本案而言，生效法律文书已经认定广发行与盛和发公司之间签订的抵押合同有效，并且判决主文中明确写明广发行就包含本案争议房屋在内的抵押物享有优先受偿权。本案争议房屋已由生效法律文书确定为特定的执行标的物，陈友勇如认为其为争议房屋的购买人，法院生效法律文书确认广发行就争议房屋享有优先受偿权有错误，应当依审判监督程序主张权利。

原审判决后，陈友勇上诉认为：原审法院适用法律错误，审判程序错误。故上诉请求撤销原审裁定，依法将案件发回重审。

北京市高级人民法院经审理认为：依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百

零四条规定，案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。本案中，诉争房屋系作为执行依据的生效判决（二中院（2004）二中民初字第4276号民事判决）明确指向的执行标的物，案外人陈友勇主张诉争房屋归其所有，实质上认为作为执行依据的生效判决存在错误，由此发生的纠纷，不属于执行异议之诉的受理范围，而应当按照审判监督程序处理。本案上诉人陈友勇可在再审诉讼中主张权利寻求救济，法院将通过再审程序对生效判决重新进行审查，以最终确定生效判决对诉争房屋的处理正确与否以及能否得到执行。综上，原审法院以本案不属于执行异议之诉的受理范围为由，裁定驳回陈友勇的起诉，于法有据，应予维持。同时应当指出，争议房屋并非（2004）二中民初字第623号民事判决主文所指对象，若针对该判决的执行异议裁定不服，上诉人有权通过执行异议之诉进行救济，上诉人所享有的该程序性权利应予明确肯定。但该执行异议之诉与前述法律关系并非同一法律关系，不宜在同一程序中处理，故本案对该诉不予处理，当事人可另诉解决。

二审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原裁定。

【法官后语】

本案争议房屋包含于盛和发公司抵押给广发行的抵押房产中，亦包含于二中院（2004）二中民初字第4276号民事判决主文第四项广发行享有优先受偿权的房产中。粤财公司涉诉财产属《民事诉讼法》第二百零四条规定的“特定物”。城乡集团涉诉财产属“普通债权”。

依据《民事诉讼法》第二百零四条的规定，生效判决明确指向特定物，案外人针对执行标的物提出异议，执行审查部门经审查认为异议理由不成立的，裁定驳回案外人的异议，案外人对裁定不服，认为原判决存在错误，可以申请再审依照审判监督程序处理。如果执行审查部门经审查认为异议理由成立的，应当裁定中止对该标的物的执行，申请执行人对裁定不服的，应当如何救济？

我们认为对“特定物”执行过程中，案外人认为其对作为执行依据的生效裁判确定的执行标的物享有实体权利，并提出执行异议的，法院执行审查部门应当以裁

定驳回案外人的执行异议，并告知案外人可以按照审判监督程序申请再审为原则。如果执行审查部门经审查认为案外人的异议理由成立，生效裁判确实存在错误，需要裁定中止执行的，应当依职权报请有权机关依法对生效裁判提起再审，而不应让申请执行人提起执行异议之诉。

本案中，粤财公司涉诉财产与城乡集团涉诉财产指向虽然同一，但二者的权利来源不同。粤财公司取得的判决主文第四项为："四、广发行对盛和发公司抵押的房产享有优先受偿权。"即为对"特定物"的执行。城乡集团取得的判决主文为："一、盛和发公司给付城乡集团工程款三千一百三十九万三千六百元；二、盛和发公司给付城乡集团逾期付款违约金（以三千一百三十九万三千六百元为本金，按每日万分之五计算，自2003年1月1日起至实际给付之日止）"，此为对"普通债权"的执行。如有执行异议，前者应当通过审判监督程序处理，后者可提出执行异议之诉。两程序有重大差别，不能仅因涉诉财产指向同一而合并审理。本案在驳回起诉后可重新立案，将陈友勇与北京城乡建设集团有限责任公司、北京盛和发房地产开发有限公司间因执行引起的纠纷立为执行异议之诉案件。将陈友勇与广东粤财投资控股有限公司、北京盛和发房地产开发有限公司间因执行引起的纠纷通过审判监督程序处理。

编写人：北京市高级人民法院　范清

52

善意取得担保物权的证明责任分配

——潘涛诉中国民生银行股份有限公司总行营业部、苑金华担保物权案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第10109号民事判决书

2. 案由：担保物权纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：潘涛

被告（被上诉人）：中国民生银行股份有限公司总行营业部（以下简称民生银行营业部）、苑金华

【基本案情】

2009年5月21日，王彩华、任荣作为出卖人与买受人苑金华签订《北京市存量房屋买卖合同》，约定苑金华购买位于海淀区中关村北一条3号楼某房屋。2009年5月22日，苑金华取得该房屋所有权证书。2009年6月30日，杜鸣联合房地产评估（北京）有限公司受苑金华委托，对房屋作出评估报告，确定该房屋公开市场总价值为91.88万元。2009年7月22日，苑金华与民生银行营业部签订个人购房借款合同，苑金华以该房屋作为抵押，向民生银行营业部贷款60万元。2009年7月27日，贷款担保房屋办理了抵押权登记。

2009年7月4日，潘新民以房屋买卖合同纠纷为由，向法院提起诉讼，要求王彩华、任荣将涉案房屋过户至潘涛名下。2010年2月23日，法院缺席判决支持了潘新民的诉讼请求。该判决现已生效。

2009年7月13日，潘新民、潘涛向法院提起诉讼，要求确认王彩华、任荣于2009年5月21日签订的北京市存量房屋买卖合同无效。2010年4月14日，法院作出一审判决，认定王彩华、任荣与潘新民、潘涛签订的买卖合同有效，苑金华购房时未要求过看房，有违交易常理，故判决确认王彩华、任荣于2009年5月21日签订的北京市存量房屋买卖合同无效。苑金华提起上诉后，北京市第一中级人民法院于2010年12月17日作出二审判决，驳回上诉、维持原判。

2011年2月16日，北京市住房和城乡建设委员会决定撤销苑金华名下涉案房屋登记。

【案件焦点】

善意取得担保物权的相关问题。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：苑金华在取得涉案房屋所有权登记后，以

该房屋作为抵押，向民生银行营业部贷款60万元，至此，苑金华与民生银行营业部之间的借款合同及抵押担保合同已成立并履行。上述借款合同及担保合同，并未违反我国强行性规范的规定，且苑金华取得房屋所有权登记后，即具有公示效力，民生银行营业部有理由相信苑金华具有抵押房屋的产权，故该抵押担保不存在无效的情形。民生银行营业部对涉案房屋进行抵押登记，亦是对其合法享有债权的保护。评估报告系苑金华委托杜鸣房地产评估（北京）有限公司作出的，该评估报告是否存在瑕疵，不影响抵押担保合同的效力。综上所述，一审法院依据《中华人民共和国合同法》第八条、《中华人民共和国担保法》第三十三条的规定，判决如下：驳回潘涛的诉讼请求。

潘涛持原审意见提起上诉。

北京市第一中级人民法院经审理认为：本案中，苑金华在取得诉争房屋所有权登记后，以该房屋作为抵押，与民生银行营业部签订借款合同及抵押担保合同，并完成抵押权登记，民生银行营业部取得抵押权是因为信赖所有权登记产生之公信力，该行为符合《中华人民共和国物权法》第一百零六条规定的善意取得其他物权的情况，应认定为民生银行营业部善意取得诉争房屋的担保物权。

上诉人上诉称民生银行营业部未尽全面审查的义务，对此本院认为，善意第三人的善意，是指行为人在为某种民事行为时不知道或无法知道存在某种足以影响该行为法律效力的因素，而认为其行为合法或其行为的相对人有合法权利的状态。民生银行营业部因信赖不动产登记的公示公信效力，而签订的抵押合同，它无能力也无义务对基础买卖关系的有效性和登记权利人获得权利之适法性进行审查。评估公司评估报告是否有瑕疵，与判断民生银行营业部本身善意与否也无关联；而发放贷款金额高于网签合同价格，涉及银行操作规范问题，与民生银行营业部本身是否善意也无直接关联。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

善意取得制度，是传统民法中本为动产设定的制度，后我国《物权法》第一百

零六条规定：无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。将善意取得扩展到他物权领域，不仅仅限于自物权——所有权。

苑金华在取得诉争房屋所有权登记后，以该房屋作为抵押，与民生银行营业部签订借款合同及抵押担保合同，并完成抵押权登记，民生银行营业部取得抵押权是因为信赖所有权登记产生之公信力，该行为符合《物权法》第一百零六条规定的善意取得其他物权的情况，应认定为民生银行营业部善意取得诉争房屋的担保物权。

就善意要件的证明责任分配，学者间存在明显分歧。尽管多数民法学者认为，就善意要件的认定应当采取推定的方法，即推定受让人为善意，而由主张其为非善意的原权利人就受让人的恶意或者重大过失负举证责任；也有学者持不同观点。该观点认为，善意要件应由主张善意取得的受让人（第三人）负担证明责任。我国目前的制度设计使得第三人不得不证明实际上很难证明的“消极事实”，这将严重限制善意取得制度的适用，甚至让这一制度的规范目的落空。在逻辑上，这种批评以善意证明的难度否定第三人负担善意证明责任的制度安排，我们看到，这种逻辑在其他民法学者那里也有体现。这提醒我们：在讨论善意要件的证明责任分配时，实际上无法回避该要件究竟如何证明的问题。

无论采用哪一种解读方式，关于该条证明责任分配方法的结论都是相同的，即主张善意占有的当事人应当就该条列举的所有三个法律要件负证明责任——其中自然也包括善意要件的证明。我们看到，其他学者对《物权法》第一百零六条的解释也得出了同样的结论。

善意第三人的善意，是指行为人在为某种民事行为时不知道或无法知道存在某种足以影响该行为法律效力的因素，而认为其行为合法或其行为的相对人有合法权利的状态。在本案中，民生银行营业部因信赖不动产登记的公示公信效力，而签订的抵押合同，它无能力也无义务对基础买卖关系的有效性和登记权利人获得权利之适法性进行审查。评估公司评估报告是否有瑕疵，与判断民生银行营业部本身善意

与否也无关联；而发放贷款金额高于网签合同价格，涉及银行操作规范问题，与民生银行营业部本身是否善意也无直接关联。

编写人：北京市第一中级人民法院　詹晖

53

在赃物之上设定的抵押权不能适用善意取得制度

——中国工商银行股份有限公司北京新街口支行诉顾某金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市西城人民法院（2012）西民初字第9550号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告：中国工商银行股份有限公司北京新街口支行（以下简称工商银行）

被告：顾某

【基本案情】

2011年8月3日，顾某与工商银行签订了《个人循环借款合同》，借款用途为消费。按照合同约定，顾某从工商银行借款人民币130万元，借款期限自2011年8月3日至2017年7月26日。贷款采用抵押担保方式，抵押房屋为北京市西城区玉桃园二区28号楼某房屋。该房屋于2011年8月11日办理抵押登记。合同生效后，工商银行依约向顾某发放贷款130万元。自贷款发放后，截止2012年2月25日顾某连续累计3期未按时归还贷款，已经符合合同约定的提前清偿全部贷款的条件。工商银行要求顾某立即偿还合同项下截止2012年2月25日的贷款本金/积欠利息，并支付截止实际付款日的利息和实现债权的费用等，并承担抵押担保责任，工商银行就涉案抵押房产享有优先受偿权，对该房屋折价或者以拍卖、变卖所得的价款优先受偿。

顾某称借款合同和抵押合同是顾某本人签署，贷款已经收到。款项贷出后，顾某直接给了霍某，本案抵押的房屋原来是霍某岳母的房。因为霍某信用不好，不能贷款，所以找顾某帮忙贷款。银行要求顾某还钱，顾某没有意见。对银行要求房屋拍卖行使抵押权顾某也没有异议。

2011年5月，被告人霍某伙同顾某（另案处理）采用调包的方式以事先伪造的房屋产权证书将被害人刘某涉案房屋的房屋产权证书替换。2011年6月至8月间，二人雇佣他人冒充被害人刘某在北京燕京公证处骗取霍某有权出售刘某房屋的委托公证书后，以虚假交易方式将刘某的房屋出售给顾某，并在本市西城区房屋管理局将被害人刘某的该套房屋过户至顾某名下。后被告人霍某伙同顾某以顾某名义使用被害人刘某的房屋向中国工商银行办理了抵押贷款。经鉴定，被害人刘某被出售房屋的价值为人民币276.28万元。被告人霍某于2011年11月7日被公安机关抓获。北京市西城区人民法院认为：被告人霍某以非法占有为目的，伙同他人采用隐瞒真相的手段，骗取公民财产且数额特别巨大，其行为已构成诈骗罪，且系共同犯罪，应依法惩处。北京市西城区人民检察院指控被告人霍某犯诈骗罪罪名成立。被告人霍某到案后能如实供述犯罪事实，依法对其从轻处罚。判决如下：一、被告人霍某犯诈骗罪，判处有期徒刑十二年六个月，剥夺政治权利三年，并处罚金人民币一万三千元（刑期自判决执行之日起计算，判决执行前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2011年11月7日起至2024年5月6日止；罚金在判决生效后30日内交纳）。二、在案扣押假房屋产权证1本予以没收。三、在案扣押涉案房屋一套，发还被害人刘某。上述判决已于2012年11月29日生效。

【案件焦点】

工商银行是否取得涉案房屋的抵押权并行使优先受偿权。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：工商银行要求顾某提前偿还全部贷款，符合合同中关于提前收回贷款条件的约定。顾某对其欠款事实及应提前还款之事实亦不持异议。对工商银行要求顾某偿还全部贷款本金、利息的诉讼请求予以支持。

工商银行起诉要求顾某承担抵押担保责任。依据我国法律规定，已经发生法律效力裁判所确认的事实双方当事人无需举证。现依据我院生效刑事判决，顾某抵押

于工商银行的涉案房屋已经发还原房主刘某。涉案房屋系赃物，工商银行不能通过善意取得制度获得该房屋的物权。同时，涉案房屋系所有权存在争议的财产，属不得抵押之财产。对工商银行要求行使抵押权并优先受偿之诉讼请求不予支持。

北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，《中华人民共和国合同法》第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国物权法》第一百八十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：

一、顾某于本判决生效之日起十日内偿还中国工商银行股份有限公司北京新街口支行贷款本金一百二十八万六千零九十七元九角七分、截止二〇一二年二月二十五日的利息、复利、罚息三万六千八百八十八元零八分，并支付自二〇一二年二月二十六日开始至实际清偿之日的利息、罚息、复利（以实际欠款数额为基数，按照双方《个人循环借款合同》规定的利率标准计算）；

二、驳回中国工商银行股份有限公司北京新街口支行的其他诉讼请求。

一审判决作出后，工商银行未提起上诉，本判决现已生效。

【法官后语】

本案处理重点主要在于工商银行是否取得涉案房屋的抵押权。

我国《物权法》第一百零六条规定：无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

依上述规定，抵押权的取得可以适用善意取得制度。

具体到本案中，依生效刑事判决涉案房屋已经发还原所有人，顾某抵押给银行的房屋系赃物。顾某以涉案房屋向银行提供抵押取得贷款，银行在表面上可以适用善意取得制度享有涉案房屋的抵押权。但法律规定善意取得制度的根本目的是保护交易安全，维护社会经济的稳定，如法院支持银行取得抵押权行使优先受偿权，将

从根本上违反善意取得制度制订的初衷，既不利于保护原所有权人的利益，又不利于维护市场交易安全。我国现行法律规范虽未明确规定赃物是否可以适用善意取得制度，但赃物作为犯罪人利用各种犯罪手段取得的物品不应进入市场中自由流通。如将赃物列入适用善意取得制度的物品之列，将从某种程度上鼓励违法犯罪，扰乱市场经济秩序，更有悖于我国《物权法》之立法目的及制订善意取得制度的宗旨。因此在司法实践中，应严格禁止赃物适用善意取得制度。

编写人：北京市西城区人民法院　边江峰

54

银行在不动产抵押权设立中的审查义务

——深圳发展银行股份有限公司广州水荫支行诉梁乙等借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省广州市中级人民法院（2012）穗中法民二终字第1293号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：深圳发展银行股份有限公司广州水荫支行（以下简称深圳发展银行）

被告（上诉人）：温甲、梁甲、梁乙

【基本案情】

2008年6月23日，广东省广州市广州公证处出具（2008）粤穗广证内经字第63931号《公证书》，公证内容为："兹证明梁甲、温甲于二〇〇八年六月二十三日在我的面前，在前面的《委托书》上签名。公证员：罗晓莹。"该《公证书》所附的《委托书》载明：委托人梁甲、温甲，受托人梁乙。委托人是座落于广州市某区某房产业主，现委托受委托人为其合法代理人，以委托人之名义全权代表委托人办

理上述房屋之下列事项：……七、代为办理银行按揭、转按的相关手续及签署相关文件，代为签署抵押合同、借款合同、借据、委托公证申请表等；八、向贷款银行办理提前还款、赎契、注销他项权利登记并领取房地产证手续；九、有权将上述房屋中依法属于本人占有的产权份额作为抵押物，向个人或银行申请上述房产贷款相关手续，有权代签贷款相关文件或代收贷款……该份《授权书》的委托人落款处有“梁甲 、温甲”字样的签名并标注日期为“2008年6月23日”。

2008年7月7日，原告与被告梁乙签订了《个人担保贷款合同》，该合同所附的《抵押物情况声明书》载明：抵押物为温甲、梁甲名下房产一套。被告梁乙作为借款人在该合同上签名捺印，并代被告温甲、梁甲在抵押人处签名捺印。2008年7月10日，原告向被告梁乙的账户划入款项340000元，借款借据上注明：起息日为2008年7月10日，到期日为2018年7月10日，利率为8.613%。

2008年7月14日，广州市国土资源和房屋管理局出具《房地产他项权证》，载明：房屋权利人为原告，权利种类为抵押，权利范围为全部；权属人及共有（用）人为被告温甲、梁甲。

被告梁乙获得贷款后，并未依约还本付息，发生多次逾期还款行为。截至2010年10月27日，被告梁乙尚欠原告本金288456.93元、利息（含罚息）3171.57元。原告遂诉至本院。

诉讼过程中，被告温甲、梁甲表示涉案借款及抵押担保事宜均为被告梁乙一人所为，二人对此毫不知情。被告温甲、梁甲认为（2008）粤穗广证内经字第63931号《公证书》上“温甲、梁甲”的签名不是其本人签名，并申请对签名的真伪进行司法鉴定。本院经审查后接纳了被告温甲、梁甲的笔迹鉴定申请，并依法通过摇珠程序委托了广东明鉴文书司法鉴定所对上述《公证书》中“温甲、梁甲”的签名真伪进行司法鉴定。该所经鉴定后出具了明鉴司法鉴定所［2010］文鉴字第283号《司法鉴定意见书》，鉴定结论为：（2008）粤穗广证内经字第63931号《公证书》落款处委托人签名“梁甲”字迹不是梁甲所写，“温甲”字迹不是温甲所写。双方当事人对该鉴定结论无异议。被告温甲、梁甲为此预缴了鉴定费6400元。2011年7月4日，广东省广州市广州公证处作出穗证撤［2011］8号《关于撤销（2008）粤穗广证内经字第63931号公证书的决定》，认为是他人利用温甲、梁甲的身份证件等资料，冒名顶替骗取《公证书》，决定撤销（2008）粤穗广证内经字第

63931号《公证书》。

另，根据被告温甲提交的《结婚证书》、《离婚协议》、《离婚证》显示：被告梁乙与被告温甲于1982年9月16日登记结婚，于2010年8月10日协议离婚。被告温甲、梁甲自述梁甲是梁乙、温甲的婚生儿子。被告温甲并陈述：涉案房产的房产证原件已被被告梁乙拿走抵押给中介公司，留在家里的是假证，被告温甲是因本案诉讼才发现此事。

【案件焦点】

委托公证被撤销后，银行能否以善意取得为由主张涉案房产的抵押权。

【法院裁判要旨】

广东省广州市越秀区人民法院经审理认为：原告是具备贷款资格的金融机构，其与被告梁乙签订的借款合同，是双方当事人协商一致形成的合意，内容没有违反法律、行政法规的强制性规定，因而合法有效，双方均应依约履行。原告已经履行了合同约定的贷款义务，享有按时收回贷款本金及利息收益的权利。被告梁乙没有按合同约定履行还本付息义务，已构成违约，应承担违约责任。因合同明确约定被告梁乙违反本合同规定的任何义务，原告均有权提前收回贷款，而被告梁乙从获得贷款后多次发生逾期还款，更从2010年8月至今没有偿还任何贷款本息，已明显违背了合同约定还款义务，故原告请求解除合同并要求被告梁乙偿还所有尚欠的借款本息符合法律规定和合同约定，本院予以支持。但合同解除之后的罚息则应当按照中国人民银行规定的金融机构计收同期逾期贷款利率的标准计收。另外，本案是借款合同纠纷，借款合同的当事人是原告和被告梁乙，合同具有相对性，原告要求被告温甲对上述债务承担连带责任是基于法律对夫妻共同债务的规定，这与本案不属于同一法律关系，原告应另循法律途径处理。至于原告要求被告梁甲承担还款责任，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

原告对涉案房产是否享有优先受偿权的问题。根据鉴定机构出具的鉴定结论，（2008）粤穗广证内经字第63931号《公证书》上“温甲”、“梁甲”的签名均不是本人签名，被告温甲、梁甲亦表示对此毫不知情，在事后也没有对被告梁乙代为办理抵押担保的行为予以追认，因此，被告梁乙以被告温甲、梁甲的名义将涉案房产进行抵押的行为属于无权处分行为。在此情况下，原告作为合同相对方，是否有理

由相信被告梁乙有代理权，即被告梁乙是否构成表见代理，是判断抵押行为是否有效的关键。结合本案事实，首先，在订立合同时，被告梁乙与被告温甲还是夫妻关系，而被告梁甲是被告梁乙的儿子，三人作为家庭成员，其关系明显不同于普通的亲朋关系；其次，被告梁乙在订立合同前，已经向原告提交了由公证处出具的委托公证书，原告并非专业机构，对于委托书上的签名真伪不具备鉴别能力，公证机关所出具的委托公证文书，在当时没有相反证据的情况下，具有较强的公信力，原告对该公证文书予以信赖也属常理；最后，涉案房产在被告温甲、梁甲名下，被告梁乙不是涉案房产的登记所有权人，却取得了房产证原件。因此，综合以上几点，原告完全有理由相信被告梁乙以被告温甲、梁甲名义的行为已经取得了被告温甲和梁甲的授权，该行为有效。加之涉案房产亦已在房管部门进行了抵押权登记，因此，原告对涉案房产享有抵押权，在被告梁乙不履行还款义务时，原告有权从处分抵押房产所得价款中优先受偿。被告温甲、梁甲认为抵押行为无效的抗辩意见，缺乏法律依据，本院不予采信。被告温甲、梁甲并认为被告窃取房产证、骗取公证文书已涉及刑事犯罪，故应移送公安机关或检察机关的意见，对此本院认为，原告和被告梁乙基于借款的合意签订了借款合同，原告已依约履行了放款义务，在整个放款过程中并无过错，至于被告梁乙在办理抵押手续的过程中是否涉嫌犯罪，与本案不属于同一法律关系，也不影响本案事实的认定及处理。因此被告温甲、梁甲的该项答辩意见没有法律依据，本院亦不予采纳。

至于原告要求被告支付律师费 14581 元的诉讼请求，原告并未就其该项主张提供证据，无法证实律师费的发生，原告的该项诉讼请求缺乏事实依据，本院不予支持。

温甲、梁甲持原审答辩意见提起上诉。广东省广州市中级人民法院认为，深圳发展银行与梁乙之间的借款合同合法有效。梁乙获得贷款后逾期还款，应当承担相应的合同责任。本案当中，梁乙向该行提交了（2008）粤穗广证内经字第 63931 号《公证书》，而该公证书载明了两上诉人委托梁乙处理其房产的事实，后该公证书被广东省广州市公证处撤销。根据本案查明的事实，两上诉人并没有将自己名下的涉案房产抵押给被上诉人深圳发展银行。本案争议的焦点在于该公证书被撤销后，被上诉人深圳发展银行是否能够取得涉案房产的抵押权。本案当中公证委托书的上诉人温甲和梁甲签名系伪造，作为有贷款资格的金融机构，被上诉人深圳发展银行有

义务也有能力对抵押人的身份真实性以及担保意愿、抵押物价值等内容进行审查，相关调查可采取现场核实、电话查问以及信息咨询等途径和方法。出于对公证机关的信任，在借款人出具了公证委托后，被上诉人深圳发展银行不再对抵押人的身份真实性以及相关信息进行核实，因此，对于公证机关因为审查不严格或者故意导致公证失实的法律后果应当由被上诉人深圳发展银行承担。从被上诉人深圳发展银行到房管部门办理涉案房屋抵押登记的情况来看，被上诉人深圳发展银行授权并非其员工的杨韶峰办理他项权证，在没有证据证明杨韶峰核实了两上诉人的身份证原件情况下，杨韶峰向房管部门出具了《具结书》，房管部门据此为被上诉人深圳发展银行办理了他项权证，对此，被上诉人深圳发展银行亦应当承担过错责任。综上，原审法院认定被上诉人深圳发展银行在获得涉案房屋抵押权过程中的行为构成善意取得并不恰当，本院予以纠正，上诉人的上诉请求有理，本院予以支持。

广东省广州市中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、维持广州市越秀区人民法院（2010）越法民二初字第4071号民事判决第一、二项；

二、撤销广州市越秀区人民法院（2010）越法民二初字第4071号民事判决第三、四项；

三、驳回深圳发展银行的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

【法官后语】

本案对于不动产善意取得适用条件以及银行在取得抵押权的过程中应如何尽到审查义务均具有研究意义。

一、银行是否应当为撤销的公证书承担不利责任

（一）本案能否适用善意取得制度争论较大

一种意见认为，善意取得制度适用的前提是无处分权人将不动产或者动产或其他物权转让给受让人，本案当中，温甲和梁甲是涉案动产的所有权人，是有权处分人，在抵押涉案房产的法律关系当中，梁乙的身份是委托代理人，而该代理是无权

代理，本案需要讨论的法律问题应当是梁乙的代理行为是否构成表见代理，并非善意取得。本案当中公证委托书的上诉人温甲和梁甲签名系伪造，而最高人民法院对于表见代理的观点当中，伪造公章是典型的不能认定为表见代理的情况①，本案是伪造签名，亦不能认定为表见代理。作为有贷款资格的金融机构，银行有义务也有能力对抵押人的身份真实性进行审查，出于对公证机关的信任，在借款人出具了公证委托后，银行不再对抵押人的身份真实性进行核实，因此，对于公证机关因为审查不严格或者故意导致公证失实的法律后果应当由银行承担。

另一种意见则认为，表见代理是债法的制度，善意取得则是物权法的制度。前者处分的是“意思”，后者处分的是“物”，解决的是不同的问题，不具有可比性。《物权法》第一百零六条所规定的无处分权人包括：①无所有权的人以所有权身份处分他人之物；②无授权人以授权人身份处分他人之物，比方国有资产授权经营；③无代理权人以代理人身份处分他人之物。善意取得之所以涵盖第三种情况是因为无权代理的后果归于代理人，“代理人”无代理权，无权处分他人之物，即为无处分权人，因此，无处分权包括了无代理权之无权。善意取得制度是在所有权保护与交易安全两种利益平衡中取交易安全而舍所有权的制度，在相对人相信代理人有代理权的情况下可以取得所有权。本案当中，梁乙在订立合同前，已经向银行提交了由公证处出具的委托公证书，银行并非专业机构，对于委托书上的签名真伪不具备鉴别能力，公证机关所出具的委托公证文书，在当时没有相反证据的情况下，具有较强的公信力，银行对该公证文书予以信赖也属常理；其二，虽然涉案房产在温甲、梁甲名下，但梁乙与两人关系紧密，梁乙不是涉案房产的登记所有权人，却取得了房产证原件。因此，银行完全有理由相信梁乙以温甲、梁甲名义的行为已经取得了温甲和梁甲的授权，该行为有效。加之涉案房产亦已在房管部门进行了抵押权登记，因此，银行对涉案房产享有抵押权。

（二）本案不适用善意取得

1. 善意取得制度沿革

从善意取得制度的沿革来看，本案之所以不适用善意取得制度是因为交易相对

---

① 最高人民法院研究室编著：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第101—105页。

方所理解的房屋所有人与真实的房屋所有人是一致的，银行是信赖梁乙获得的授权，而不是信赖梁乙有处分权，交易相对方所信赖的事实不同，导致法律规则的适用不同。

2. 处分权在不动产抵押权设立当中的作用

抵押权的设定，属于处分行为，抵押人对标的物应当具有处分权以及处分标的物的行为能力。处分权是设立抵押权的必要条件①。在《物权法》颁布之前，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第一百一十三条已明确规定，以自己不享有所有权或者经营管理权的财产作抵押物的，应当认定抵押无效。《物权法》第一百八十条的规定，明确把具有处分权作为设立抵押权的要求，且第一百八十四条规定了所有权、使用权不明或者有争议的财产不得抵押，这可理解为处分权处于不确定或者争议状态的标的物不得抵押。②

本案当中，温甲和梁甲作为涉案房屋的所有权人，具有处分权。因此，本案需要讨论的问题是梁乙的代理行为是否有效，是否构成表见代理。

（三）银行不能行使抵押权的理由

本案当中，作为有贷款资格的金融机构，银行有义务也有能力对抵押人的身份真实性以及担保意愿、抵押物价值等内容进行审查，相关调查可采取现场核实、电话查问以及信息咨询等途径和方法。2010年2月，中国银行业监督管理委员会为规范银行业金融机构个人贷款业务行为，加强个人贷款业务审慎经营管理，促进个人贷款业务健康发展，颁布了《个人贷款管理暂行办法》。对贷款人贷款调查要求包括但不限于以下内容：（一）借款人基本情况；（二）借款人收入情况；（三）借款用途；（四）借款人还款来源、还款能力及还款方式；（五）保证人担保意愿、担保能力或抵（质）押物价值及变现能力。对贷款调查方式则要求应以实地调查为主、间接调查为辅，采取现场核实、电话查问以及信息咨询等途径和方法。虽然贷款人在不损害借款人合法权益和风险可控的前提下，可将贷款调查中的部分特定事项审慎委托第三方代为办理，但该办法要求必须明确第三方的资质条件，且贷款人不得将贷款调查的全部事项委托第三方完成。对于本案，出于对公证机关的信任，

---

① 梁慧星主编：《中国物权法研究》（下），法律出版社1998年版，第826－829页。

② 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2008年版，第216页。

在借款人出具了公证委托后，银行不再对抵押人的身份真实性以及相关信息进行核实，因此，对于公证机关因为审查不严格或者故意导致公证失实的法律后果应当由银行承担。从银行办理涉案房屋抵押登记的情况来看，其授权并非员工的杨韶峰办理他项权证，在没有证据证明杨韶峰核实了两上诉人的身份证原件情况下，杨韶峰向房管部门出具了《具结书》，而具结是提出表示负责的文件，显然银行应当为杨韶峰出具与事实不符的《具结书》承担责任。

本案在讨论过程中，有观点认为如果银行不能获得抵押权，则金融债权无法得到保障，影响的是国家的金融秩序。事实上，本案无论哪一方败诉，都会引发后续诉讼，即败诉方起诉公证机关要求赔偿损失。一般来讲，这种损失可以得到执行。若抵押人败诉，银行执行了抵押人的房产，则后续诉讼将更加复杂和难以恢复原状。

二、不动产抵押权的善意取得的条件

本案在审理过程中还引申讨论了另一个问题：如果本案适用善意取得，银行也没有过错，但抵押人到房地产管理部门撤销了抵押权登记，银行能否行使抵押权？

根据《广东省城镇房地产权登记条例》第十四条的规定，有下列情形之一的房地产，由房地产管理部门决定撤销全部或者部分登记事项：（一）当事人在申请登记时隐瞒真实情况或者伪造有关证件、文件，采取非法手段获准登记的；（二）房地产管理部门工作疏忽导致核准登记不当的。因此，本案抵押人要求房地产管理部门涂销抵押权在法律上不存在障碍。在抵押权被涂销的情况下，银行是否仍然能够行使抵押权则争论较大。一种观点认为，由于房地产管理部门已经撤销了抵押登记，应当认定银行没有“取得”抵押权，故不符合《物权法》第一百零六条关于善意取得的构成要件。另一种观点则认为，善意取得制度是基于保护交易安全，对原权利人和受让人之间的权利所作的一种强制性的物权配置，受让人取得财产所有权是基于物权法的直接规定而不是法律行为，具有确定性和终局性。[①] 因此，从《物权法》的角度来解读，银行获得抵押权是来自《物权法》的直接规定，物权进行了变动。不动产善意取得的要件是指登记时候的要件，只要具备了构成要件，则不论登记事后是否撤销，或者撤销后再恢复，都产生取得抵押权的效果。

---

① 最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第329页。

二审法官认为第二种意见符合法理，否则善意第三人的权利无法得到体现和实现。虽然《物权法》第一百零六条对于善意取得作出了原则性规定，但对于不动产抵押权的善意取得应当强调以下条件：①无权处分人具有不动产登记簿记载的权利人身份；②第三人在取得不动产抵押权时善意相信登记记载的正确性；③已经进行了不动产抵押权登记公示。[①] 例如，登记为不动产的所有人因无效的原因后实际不是所有人，就该不动产设定抵押权时，债权人善意信赖该项登记而与之设定抵押权的，基于登记的公信力，债权人仍然可以取得抵押权，该不动产的实际所有权人不得主张抵押设定无效，仅能对抵押人请求损害赔偿。[②]

编写人：广东省广州市中级人民法院　王维　何海涛

55

不动产赠与是否生效、抵押权是否适用善意取得的认定

——中国农业银行股份有限公司陆川县支行诉何某等金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广西壮族自治区玉林市中级人民法院（2012）玉中民二终字第85号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：中国农业银行股份有限公司陆川县支行（以下简称农行陆川支行）

被告（上诉人）：徐甲、徐乙、徐丙

被告：何某

① 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2008年版，第220页。

② 转引自谢在全：《民法物权论》（下册），中国政法大学出版社1991年版，第38页。

【基本案情】

2009年11月6日，何某向农行陆川支行申请农户贷款人民币38万元，贷款期限为3年，并自愿以登记在其本人名下的坐落在陆川县温泉镇坡脊垌价值73万元的房地产作抵押，并承诺以经营收入按月结息，到期还本。同日，何某携带户口本、身份证到农行陆川支行处签订了《借款抵（质）押承诺书》，承诺以何某、徐甲、徐乙、徐丙所有权或依法享有处分权项下之房屋所有权土地106.65平方米、房屋面积409.79平方米、原值人民币73万元作为抵押贷款之抵押物。2009年11月16日，何某到农行陆川支行处签订了《个人借款合同》。借款合同约定了借款用途、期限、利率、还款方式以及担保责任等。同日，何某作为登记产权人与农行陆川支行到陆川县房地产管理所办理了房地产抵押登记，陆川县房地产管理所为农行陆川支行出具了《房屋他项权证书》。2009年11月20日，农行陆川支行依约向何某发放了贷款人民币38万元。何某贷款后，除偿还了至2010年5月20日止的贷款利息及贷款本金4640.97元外，自2010年5月21日起至今未再向农行陆川支行偿还过贷款本息。

陆川县人民法院于2006年3月6日作出（2006）陆民（乌）初字第30号民事调解书，对何某与其前夫徐某的离婚协议予以确认，对夫妻共有财产中的本案用于借款抵押的房产归何某及婚生小孩徐甲、徐乙、徐丙共同所有。

【案件焦点】

农行陆川支行对何某、徐甲、徐乙、徐丙用以抵押的房地产是否享有优先受偿权。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区玉林市陆川县人民法院经审理认为：农行陆川支行与何某签订的《个人借款合同》中的担保人徐甲、徐乙、徐丙的签名并不是其本人所签，此前也未征得三人的同意，事后亦未取得三人的追认，因此合同中有关三人的担保部分无效，其他部分仍合法有效。农行陆川支行已尽到了必要的审查义务，且已办理了抵押登记。依照《物权法》第一百零六条之规定，不动产所有权、用益物权、担保物权均适用善意取得。本案抵押物权属证书上的土地使用权人及房产所有权人均为何某，无共有人。何某在离婚时虽与其前夫协商将本案用于抵押的房产归何某及婚

生小孩徐丙、徐甲、徐乙共同所有，但一直未办理变更登记。我国在不动产物权变动问题上，不仅以登记作为物权变动的公示方法，而且赋予登记以公信力，即使在公示的内容是虚假的或有瑕疵的情况下，第三人因信赖该公示的内容而从事交易活动，仍然应当承认其具有与真实物权存在相同的法律效果。农行陆川支行有理由相信何某为抵押物权属所有人，有权在其上设定负担。农行陆川支行已支付了合理的对价，办理了抵押登记，抵押权符合不动产善意取得的构成条件，故本案抵押有效。徐丙、徐甲、徐乙作为房产的共有人，其因该抵押所受的损失，应由何某进行赔偿，但不影响该房产抵押的效力。何某未履行合同义务，已构成违约。农行陆川支行有权解除合同。农行陆川支行对何某用于贷款抵押的房地产享有优先受偿权符合《中华人民共和国担保法》第三十三条之规定。

广西壮族自治区玉林市陆川县人民法院依照《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条第一款、第一百零七条、第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国物权法》第一百零六条，《中华人民共和国担保法》第三十三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条的规定，作出如下判决：

一、解除中国农业银行股份有限公司陆川县支行与何某于2009年11月16日签订的《个人借款合同》；

二、何某应归还贷款本金375359.03元给中国农业银行股份有限公司陆川县支行；

三、何某应支付自2010年5月21日起的贷款利息给中国农业银行股份有限公司陆川县支行，利息的计算方法：年利率按中国人民银行同期同档的人民币贷款基准利率上浮10%计算，从2010年5月21日起计算至还清贷款之日止；

四、中国农业银行股份有限公司陆川县支行对何某用于抵押贷款的房地产折价或以拍卖、变卖该抵押物所得的价款享有优先受偿权；

五、驳回中国农业银行股份有限公司陆川县支行对徐丙、徐甲、徐乙的诉讼请求。

徐丙、徐甲、徐乙上诉称：陆川县人民法院（2006）陆民（乌）初字第30号民事调解书证明本案抵押的房产虽原登记在何某名下，但权属属其与何某共有，农行陆川支行明知抵押房产属共有的事实，却故意让何某用以抵押贷款。原审判决认定上诉人的担保行为无效，却适用《物权法》第一百零六条，《担保法》第33条

的规定判决农行陆川支行对本案抵押房地产享有优先受偿权，属适用法律错误。

广西壮族自治区玉林市中级人民法院经审理认为：农行陆川支行与何某签订的《个人借款合同》为合法有效合同。农行陆川支行已履行了合同义务，何某已违约，农行陆川支行有权解除合同，收回贷款。何某与其前夫徐某在离婚协议中约定夫妻共有财产中本案用于借款抵押的房产归何某及徐丙、徐甲、徐乙共同所有的行为属于赠与行为，根据《合同法》第一百八十七条规定："赠与的财产依法需要办理登记手续的，应当办理有关手续。"我国房地产权属产权登记制度，房屋的赠与应当依法办理转移登记手续才具有法律效力。本案中赠与双方没有办理作为物权转让公示程序的房地产过户登记手续，土地使用权及房屋产权登记证至今均是何某个人名字，赠与行为尚未完成，不具有物权的法律效力。何某以登记在其个人名下的房地产作为本案借款抵押合法有效，农行陆川支行对该房地产依法享有优先受偿权。

广西壮族自治区玉林市中级人民法院依照《中华人民共和国物权法》第九条第一款，《中华人民共和国合同法》第一百八十五条、第一百八十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项的规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

在我国现实生活中，因离婚纠纷涉及夫妻共同财产分割时，无论是在登记离婚还是在诉讼离婚中双方达成的离婚协议，有的当事人往往将房屋等部分共同财产，赠与婚生子女，从而引发与此有关的纠纷。本案中，何某与徐某在离婚诉讼中达成的离婚协议将一幢三层楼房归何某及婚生小孩徐丙等三人共同所有。何某与徐某达成的处分部分夫妻共同财产的行为，应认定为不动产赠与。

关于何某与徐某离婚时赠与行为是否有效的问题。根据《合同法》第一百八十五条规定："赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。"从这一条规定可以看出赠与合同是诺成合同。赠与合同一经受赠人表示接受便宣告成立。但合同的成立并不意味着合同的生效，赠与合同的生效需要满足其生效要件。根据《合同法》第一百八十七条规定："赠与的财产依法需要办理登记手续的，应当办理有关手续。"也就是说赠与合同生效从交付赠与物或者办理相关手续时生效。在本案中要使得何某赠与房屋的合同生效，则需要办理产权过户

手续。故本案中赠与合同虽成立但未生效，何某并没有丧失其对房屋的所有权。

关于本案借款用于抵押的房产权属归属问题。我国实行房屋所有权登记发证制度，房屋权利人依法取得房屋权属证书，是其对房屋行使占有、使用、收益和处分权利的唯一合法凭证，即是说，房屋产权登记在谁的名下，法律就认为谁拥有该房屋的所有权。虽然这并不适用于夫妻关系领域，但是，对于市场交易行为还是适用的。房地产登记具有公示力和公信力的效力。房地产作为不动产，是以登记作为公示方式的。房地产权属登记的公信力效力是不动产物权公示制度的法律效果。所谓公信效力是指，登记的不动产物权的权利人在法律上推定为真正的权利人，即使事实上他不是真正的权利人，对于信赖该登记而从事交易的人，即使后来证明该登记是错误的，法律仍然承认其具有与真实的物权相同的法律效果。不动产物权包括登记的权利推定效力和不动产物权的善意取得制度。本案中，用于借款抵押的国有土地使用权及房屋的所有权应推定为何某所有。

关于涉案房地产抵押合同是否有效，是否适用抵押权善意取得的问题。本案涉及的房地产是何某与徐某在婚姻存续期间取得的，在夫妻关系中可以认定为夫妻共同财产，但在市场交易中应维护不动产登记的效力，即应认定登记为何某名下的个人财产。何某在借款时已将上述房地产用于抵押，且已进行了合法的抵押登记，所以本案借款的抵押合同有效，农行陆川支行依法对抵押物享有优先受偿权。本案一、二审判决结果一致，只不过在认定用于抵押的房地产权属方面观点不一致而已。即使不能认定房地产不为何某个人所有，根据我国《物权法》第一百零六条第三款“当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定”的规定，涉案的抵押权也应适用善意取得制度。

此外，本案涉及何某与徐某在离婚时达成的将夫妻共同财产部分赠与子女的协议，经法院确认后出具了调解书，是否引起不动产物权变动的问题。本案涉及的离婚协议中对于赠与夫妻共同财产，法院已出具了调解书确认其效力，对于受赠人而言只是债权意义上的权利，该调解书属于不能够直接引起物权变动的法律文书，是不能适用《物权法》第二十八条“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力”的规定的。

编写人：广西壮族自治区玉林市中级人民法院　张业忠

56

动产抵押登记对抗效力的若干法律适用问题

——中国农业银行股份有限公司南海分行诉吕铭全、周洁英金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省佛山市中级人民法院（2012）佛中法民二终字第258号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：中国农业银行股份有限公司南海分行（以下简称南海农行）

被告（被上诉人）：吕铭全、周洁英

【基本案情】

2011年5月30日，南海农行与吕铭全签订《中国农业银行股份有限公司广东省分行金穗信用卡购车抵押担保分期付款合同》，约定：南海农行对吕铭全授予用于分期付款购车的信用额度，资金用于购买丰田牌锐志型号汽车，净车价224800元；付款首期为67800元，分期资金金额为157000元；分期付款期数为36期（一个月一期）；分期手续费为14130元；吕铭全以所购汽车设定抵押；申请人连续三期未按期足额偿还分期资金本金、分期手续费、利息、复利、滞纳金、超限费及其他相关费用即构成违约，南海农行有权提前收回分期资金或收回贷记卡分期资金额度，已收取的持卡人分期手续费不予退还等内容。该合同并对利息计算、抵押范围、违约责任等内容进行了约定。

合同签订后，吕铭全使用该信用卡支付204528元用于购买丰田牌锐志型号汽车。2011年5月30日，吕铭全为购买的丰田牌锐志型号汽车注册登记；该车没有办理抵押登记。吕铭全偿还了部分借款本息。南海农行就吕铭全、周洁英信用卡拖

欠金额及利息诉至法院。

吕铭全与周洁英为夫妻关系。

【案件焦点】

该案争议的焦点是债权人南海农行是否对诉争车享有优先受偿权的问题。

【法院裁判要旨】

一审法院认为：吕铭全已使用其申办的信用卡进行消费和取现，应在到期还款日前归还透支的款项予南海农行，但其至今未归还其贷记卡透支的款项本息及相关费用予南海农行，故南海农行起诉请求吕铭全归还本金168602.90元，事实清楚，证据充分，应予支持。吕铭全应支付以该款从2011年10月25日起至判决确定的还款日止按日万分之五计付的利息予南海农行。因上述债务系吕铭全、周洁英婚姻存续期间所负债务，应按夫妻共同债务处理。故周洁英应对上述债务承担连带清偿责任。

南海农行与吕铭全在《中国农业银行股份有限公司广东省分行金穗信用卡购车抵押担保分期付款合同》中约定以诉争汽车作抵押，但是并未办理抵押登记，因此该合同虽成立并已生效，但在公法上不产生设立抵押的效果，该项抵押权不产生对世性和公示性，南海农行不享有该抵押权中的优先受偿权权能。综上，南海农行对诉争车具有受偿权。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条，《中华人民共和国合同法》第二百零五条、第二百零六条，《中华人民共和国物权法》第一百七十九、第一百八十条、第一百八十八条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条的规定，判决：一、吕铭全、周洁英于判决发生法律效力之日起十日内归还168602.90元及以该款从2011年10月25日起至判决确定的还款日止按日利率万分之五计算的利息予南海农行；二、南海农行对吕铭全所有的诉争车辆在上述债权范围内具有受偿权；三、驳回南海农行的其他诉讼请求。

南海农行不服，向佛山市中级人民法院提起上诉，其主要上诉理由为：我国的动产抵押权实行登记对抗主义，机动车抵押权自抵押合同生效时起设立。另外，一审法院根据南海农行的申请，已查封诉争车辆；其持有诉争车辆机动车登记证书原件；车辆管理部门出具的查询资料显示车辆所有权人为吕铭全，不存在抵押等权利

瑕疵；因此，对于诉争车现在并不存在善意第三人。南海农行对诉争车辆应享有优先受偿权，请求改判其就涉诉债权对诉争车享有优先受偿权。

佛山市中级人民法院二审认为，农行南海分行与吕铭全在《中国农业银行股份有限公司广东省分行金穗信用卡购车分期付款合同》中约定以诉争车作抵押，根据《中华人民共和国物权法》第一百八十条第一款第（六）项及第一百八十八条的规定，农行南海分行的抵押权自抵押合同生效时设立。但因该抵押未经登记，故不得对抗善意第三人。因农行南海分行所提供的证据不足以排除就诉争车有善意第三人存在的可能性，故其上诉请求确认对该车享有优先受偿权的依据不足。因此，就抵押权部分改判南海农行就涉诉债权，对诉争汽车享有抵押权，但该抵押权不得对抗善意第三人。

【法官后语】

案涉抵押合同签订于2011年，即《物权法》施行后，故该案的审理应当适用《物权法》的规定。《物权法》变更了原《担保法》以抵押合同生效作为抵押权设立条件的做法，区分不动产与动产抵押，分别采用登记生效主义与登记对抗主义规则。其中，在动产抵押与浮动抵押情况下，抵押合同生效则抵押权设立，抵押登记只是对抗善意第三人的要件，即抵押登记与否并不影响抵押权的设立，但关系到抵押权能否对抗善意第三人；而在其他类型的抵押场合，抵押合同生效，再加上办理抵押登记完毕，抵押权才设立，即抵押登记是抵押权设立的生效要件。

未登记的动产抵押权人请求确认其优先受偿权的，无论抵押人是否应诉及作何种陈述，因难以排除善意第三人存在的可能性，故审判中均不宜直接判令抵押权人享有优先受偿权，参考《物权法》第一百八十八条规定的行文，判项可表述为：南海农行就判决确定的债权，对诉争汽车享有抵押权，但该抵押权不得对抗善意第三人。

对于“善意”与否的认定，争议主要集中“不知情说”与“不知情且无重大过失说”的分歧。由于登记对抗主义的适用将会排斥原权利人物权的实现，仅以是否知情作为判断善意与否的标准有失公允；且从举证责任角度分析，将不知情的举证责任课予第三人显然不能成立，但要求原权利人举证他人内心状态，难免过于严苛亦缺乏可操作性。而《德国民法典》、《日本民法典》的相关规定将重大过失甚至是过失作为考察善意与否的标准，因此，笔者认为若抵押权人不能举证证实第三人存在“知情或有重大过失”的事实，应认定第三人为善意。

最后，前述所谓第三人，按照通说，应为与抵押权相冲突的其他物权人，一般债权人并不包含在内。

编写人：广东省佛山市中级人民法院　陈儒峰

57

最高额抵押主合同债权转让是否无效

——广东南龙实业集团有限公司诉曾繁灵借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省梅州市蕉岭县人民法院（2012）梅蕉法民二初字第135号民事判决书

2. 案由：借款合同纠纷

3. 当事人

原告：广东南龙实业集团有限公司

被告：曾繁灵

【基本案情】

1997年6月4日，蕉岭县新铺造纸厂与中国工商银行蕉岭县支行（以下简称蕉岭工行）签订了《中国工商银行人民币短期借款合同》，约定：蕉岭县新铺造纸厂向蕉岭工行借款58万元，用于购买原材料，借款期限自1997年6月4日至1998年6月4日止，借款月利率为9.24‰。双方同时订立了《最高额抵押合同》，约定：为保证蕉岭工行于1997年6月4日至1998年6月4日期间在74万元贷款额度内向借款人新铺造纸厂发放的全部贷款债权的实现，权属人为蕉岭县新铺造纸厂坐落在蕉岭县新铺镇象岭彭坑口的房屋作借款抵押，并办理了抵押登记手续。最高额抵押的实际借款为58万元。借款后，至今仍欠借款本金57.5万元及利息（另计）。

2005年7月20日，中国工商银行广东省分行将上述债权（借款本金57.5万元、利息348062.1元）转让给中国信达资产管理公司广州办事处。中国信达资产

管理公司广州办事处受让后，分别于2005年8月8日、2007年7月12日、2009年7月10日，在《南方日报》上刊登债权转让通知及债权债务催收公告，向蕉岭县新铺造纸厂（蕉岭锦灵造纸厂）进行通知并催收。中国信达资产管理公司转制为中国信达资产管理股份有限公司后，2011年6月24日，亦在《南方日报》上刊登债权债务催收公告，向蕉岭县新铺造纸厂（蕉岭锦灵造纸厂）进行催收。

2012年3月26日，中国信达资产管理股份有限公司又将该债权（借款本金57.5万元、利息947344.56元）转让给梅州市国有资产经营有限公司，并于2012年4月17日在《羊城晚报》上刊登了债权转让暨催收公告。

2012年7月6日，通过公开竞价的方式，梅州市国有资产经营有限公司又将该债权转让给原告。原告诉至本院，请求判令被告偿还原告取得的债权借款本息。

另，蕉岭县新铺造纸厂是蕉岭县新铺镇人民政府所属企业，该厂原法定代表人为被告曾繁灵。1999年8月2日，蕉岭县新铺镇人民政府将该厂实行并转让给被告，约定：经评估作价58万元，一次性转让给被告，由被告用于偿还新铺造纸厂原向工商银行蕉岭县支行借款本金58万元及利息。2000年5月25日，蕉岭县工商行政管理局同意被告将转让承包的新铺造纸厂改为蕉岭县锦灵纸品厂，属个人独资企业。2010年3月31日，被告决定解散，并经蕉岭县工商行政管理局核准注销。2010年4月1日，另成立蕉岭县锦灵造纸厂。

【案件焦点】

1. 本案原贷款人将该债权转让给他人是否无效；2. 被告是否应承担本案债务。

【法院裁判要旨】

广东省梅州市蕉岭县人民法院经审理认为：原蕉岭县新铺造纸厂向蕉岭工行借款人民币本金58万元（现仍欠借款本金57.5万元及相关利息）的事实，有双方订立的《中国工商银行人民币短期借款合同》可以证实，被告对此亦无异议，本院予以确认。本案借款属最高额抵押借款，根据贷款人蕉岭工行与借款人原蕉岭县新铺造纸厂双方的约定，该抵押担保可以借款的期限和借款的额度早已届满，且该借款最后形成不良借款，因此，该最高额所担保的债权已经特定。债权银行将该特定债权打包转让给资产管理公司后，资产管理公司又将该债权转让给地方国有资产公司，地方国有资产公司又转让给原告并没有违反法律规定，故原告取得转让合同合

法有效。

原借款人蕉岭县新铺造纸厂在转制时，经贷款人同意，双方约定，该借款由被告承担。蕉岭县锦灵纸品厂是在原借款人的基础上成立的个人独资企业，该厂经注销后，被告作为开办人应对该厂的债务承担偿还责任。

广东省梅州市蕉岭县人民法院依据相关法律规定，判决如下：

被告应于本判决生效后30日内偿还原告取得的债权借款人民币本金57.5万元及至2012年3月25日止按中国人民银行规定的同期同类逾期贷款利率计算的利息。

【法官后语】

本案重点在于最高额抵押借款合同的主合同债权可否转让问题。本案是原蕉岭县新铺造纸厂与蕉岭工行签订的是最高额抵押合同，依《担保法》第六十一条关于“最高额抵押的主合同债权不得转让”规定，原贷款人将该债权转让给他人是否会导致合同无效？对此，必须正确理解《担保法》第六十一条的立法精神。为适应市场连续交易的需要，保证在一定时期内发生交易的安全，必须在法律的层面作出相应的规定，这便是设立本条规定的根本目的。当双方当事人根据合同约定进行连续交易时，在双方约定的时期及最高限额内，如果一方当事人把主合同债权进行转让，就会影响抵押权的实现，危及交易安全。但是，当主合同债权特定后，这种情形就消失。因此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十三条第一款“最高额抵押权所担保的不特定债权，在特定后，债权已届清偿期的，最高额抵押权人可以根据普通抵押权的规定行使其抵押权”，因此，主合同债权仍然可以转让。本案中，在贷款人与原借款人双方约定的抵押担保借款期限和借款额度早已届满，且该借款最后形成不良借款，因此，该最高额所担保的债权已经特定。根据《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产案件适用法律若干问题的规定》第八条“人民法院对最高额抵押所担保的不特定债权特定后，原债权银行转让主债权的，可以认定转让债权的行为有效”的规定，应认定原告取得的转让债权有效。

原借款人蕉岭县新铺造纸厂转制为蕉岭县锦灵纸品厂后，蕉岭县锦灵纸品厂负有还款义务。蕉岭县锦灵纸品厂作为个人独资企业，根据《个人独资企业法》第二

十八条规定，开办个人对企业债务承担无限连带清偿责任。因此，蕉岭县锦灵纸品厂被注销后，被告应承担本案债务。

编写人：广东省梅州市蕉岭县人民法院　丘吉

58

抵押权的实现须符合法定条件

——中国农业银行股份有限公司巴彦支行诉黑龙江省巴彦油脂有限责任公司金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

黑龙江省哈尔滨市中级人民法院（2012）民三商终字第258号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：中国农业银行股份有限公司巴彦支行（以下简称农行巴彦支行）

被告（被上诉人）：黑龙江省巴彦油脂有限责任公司（以下简称油脂公司）

【基本案情】

1995年11月17日至2002年3月9日期间，原告与被告共签订了17份借款合同和6份抵押合同。原告农行巴彦支行依借款合同约定向被告油脂公司发放贷款合计人民币17380000元。2000年6月27日，被告与原告补签了最高额抵押合同，合同中约定了被告以自有的房屋、机械设备、车辆为在原告处的贷款提供抵押担保，抵押物暂作价人民币25960000元。其间，原告分别于1999年9月24日、2000年6月29日、2000年8月8日和2000年12月9日与被告签订了抵押合同，合同中约定（抵押人）被告用其房屋评估作价2789221元，为其在（抵押权人）原告处借款2789221元提供担保，并对被告所有权证号为23、3、4、5、6、7、8、9的房屋办理了巴房巴他字第381号房屋他项权利证书，权利价值为7268065元。巴彦县土地

管理局于1999年9月30日向被告（抵押人）颁发了巴土押字［1999］第10号巴彦县国有土地使用权抵押许可证。抵押许可证上载明被告油脂公司以土地面积25732平方米，其中建筑总面积2631.3平方米的抵押物作价2007096元。原告要求被告偿还借款本金17380000元，利息20422852.28元，并以抵押财产拍卖、变卖、折价后所得价款优先偿还。被告对其主债权和担保物权的主张均已超过诉讼时效。并且原告所称办理的土地抵押，既没有土地抵押合同，也没有抵押登记档案，不能仅以巴土押字［1999］第10号抵押许可证确定双方的抵押关系存在。同时存在与原告形成借款关系的同时，也与其他银行形成了大额借款关系，现已将全部的土地、房屋、车辆及机器设备等都抵押给了原告的抵押行为，应认定为无效。

【案件焦点】

案涉土地使用权抵押部分是否有效，原告所主张的行使土地使用权的理由是否成立。

【法院裁判要旨】

黑龙江省哈尔滨市巴彦县人民法院经审理认为：①（2007）巴民二初字第71号诉讼卷宗：判决：“一、被告黑龙江省巴彦县油脂实业有限公司偿还所欠原告王忠本息人民币938448元。（2007）巴执字第71号黑龙江省巴彦县人民法院协助执行通知书，执行事项：“将被告黑龙江省巴彦油脂实业有限责任公司坐落在黑龙江省巴彦县巴彦镇东门外500米处路南的一宗面积为8331.78平方米土地使用权（四至为东侧为粮贸公司道路、南侧为耕地、西侧为巴彦食品厂、北侧为东郊公路）划归原告王忠使用。”原告王忠于2008年12月19日取得巴彦县人民政府颁发的巴国用（2008）第101308号土地使用证。②本院（2009）巴民二初字第70号诉讼卷宗：2008年债权人王占忠通过债权转让的方式获得本案被告油脂公司拖欠建行巴彦支行的债权。③（2009）巴民二初字第93号诉讼卷宗：作出（2009）巴民二初字第93号民事调解书，调解协议“被告黑龙江省巴彦油脂实业有限责任公司拖欠原告王占忠债务本金2000000元，利息1230800元。④2009年11月6日，申请执行人王忠与本案被告油脂公司达成执行和解协议书。2010年10月11日申请执行人王忠取得巴彦县国土资源局颁发的巴国用（2010）第26000129号中华人民共和国国有土地使用证。庭审中原被告均承认未签订书面抵押合同，在土地部门无抵押档

案。原告农行巴彦支行仅凭巴彦县国土资源局颁发的巴土押字［1999］第10号巴彦县国有土地使用权抵押许可证和旧版的（1996年颁发的）集体土地建设用地使用证，予以证明土地抵押的效力的抗辩主张，因不符合办理土地抵押登记的程序规定，涉案土地使用权抵押地块未按国土资源部1998年第3号公告要求依法申请办理土地登记，领取土地证书，无土地所有者书面同意抵押的证明。并且涉案的土地使用权抵押地块（除原告农行巴彦支行抵押物一米以外），已变更为案外人王忠的名下。因此认定本案诉争的土地使用权设定的抵押无效。

黑龙江省哈尔滨市巴彦县人民法院依照《中华人民共和国合同法》第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国民法通则》第一百三十五条、第一百五十四条、《中华人民共和国物权法》第一百八十条一项、第一百八十五条一款、第二百零二条，《中华人民共和国担保法》第四十二条（四）、（五）项，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第一百三十三条、第一百三十四条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，作出如下判决：

一、被告黑龙江省巴彦油脂有限责任公司于本判决生效后10日内偿还原告中国农业银行股份有限公司巴彦县支行借款本金人民币17380000.00元。

二、被告黑龙江省巴彦油脂有限责任公司于本判决生效后10日内偿还原告中国农业银行股份有限公司巴彦县支行借款利息人民币20422852.28元（按双方在借款合同中对利率的约定，自1995年11月17日计算至2011年10月21日）。

三、被告黑龙江省巴彦油脂有限责任公司如逾期不能清偿上述一、二项债务，对其不能清偿部分，原告中国农业银行股份有限公司巴彦县支行以本案所涉及的抵押物（房屋、车辆、机器设备）折价或从变卖、拍卖、抵押物的价款中优先受偿。

四、驳回原告中国农业银行股份有限公司巴彦县支行的其他诉讼请求。

农行巴彦支行持原审意见提起上诉。

黑龙江省哈尔滨市中级人民法院经审理认为：关于土地抵押部分是否有效，农行巴彦支行行使土地抵押权的主张应否支持的问题。按照《担保法》第三十八条，四十二条的规定，以土地抵押的，抵押人和抵押权人应签订书面抵押合同并办理抵押登记，双方当事人均认可未就土地抵押部分签订抵押合同，且本案中农行巴彦支行主张的抵押物已被另案执行并办理了土地使用权变更登记，农行巴彦支行所主张

的土地抵押权已实际不能实现，原审未予支持其此项诉讼请求并无不当。农行巴彦支行此节上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于诉讼期间利息应否予以支持的问题。农行巴彦支行在起诉状中明确了具体的利息数额并按此缴纳了诉讼费用，原审按其主张的数额支持其利息请求正确。至于诉讼期间新产生的利息，农行巴彦支行可另行主张。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案是较常见的金融借款合同纠纷案，其特点是一银对一企经多年发生多笔逐年递增的大额度贷款，担保形式以企业固定资产抵押为主。本案原被告采用的是用被告的厂房、车辆、机器设备、土地使用权几乎全部固定资产抵押的形式形成贷款抵押。办案法官根据《担保法》第三十八条规定，抵押人与抵押权人应当以书面形式订立抵押合同；第四十二条规定，办理抵押物登记的部门如下：（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证得土地管理部门……第四十一条规定，当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押登记，抵押合同自登记之日起生效的法律规定确认土地使用权抵押无效。土地使用权抵押是一种要式法律行为，从法条中，可以看到，土地使用权抵押的实现要有两个同时具备的条件：一是当事人之间签订书面抵押合同；二是签订的合同到土地管理部门办理抵押登记手续。二者缺一不可，必须完备。本案所涉及的问题是双方未签订书面抵押合同，只有抵押登记手续，而且在登记机关无档案材料，法律形式欠缺，因而本案确认土地抵押权无效。

对于农行巴彦支行上诉的理由之一，根据《物权法》的规定，以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建筑用地使用权一并抵押，油脂公司将其厂区内的房屋已抵押给农行巴彦支行，那么整个厂区的土地应视为一并抵押。且双方虽无书面合同，但已办理抵押登记，依法应享有抵押权。是否被另案执行不能作为认定抵押权效力的依据。从一审判决书中，我们看到法院在另案执行过程中是依照《物权法》有关规定和房地产有关法律规定进行的，对抵押的厂房占用的土地使用权予以保留，使得本案原告的房屋抵押权得以实现。我们知道，合法房屋的建设须经有关按

照法律、法规的规定审批，所占用的土地面积，建筑用地面积是有限制的。因此《物权法》所规定的“建筑物占用范围内的建筑用地使用权一并抵押”与本案对讼争的土地使用权抵押的认定并不矛盾，原告的上诉理由既没有事实作根据，法律依据又有失偏颇，故而无法得到法律的支持。

编写人：黑龙江省哈尔滨市巴彦县人民法院　孙宏伟

四、质押

59

股权未办理质押登记的质押权利未设立

——成都宏明电子股份有限公司诉成都贝海商贸发展公司、刘跃龙担保追偿权案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

四川省成都市中级人民法院（2012）成民终字第3968号民事判决书

2. 案由：担保追偿权纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：成都宏明电子股份有限公司（以下简称宏明公司）

被告（上诉人）：刘跃龙

被告：成都贝海商贸发展有限公司（以下简称贝海公司）

【基本案情】

贝海公司向上海浦东发展银行成都分行顺城街支行借款500万元，成都兴润达投资有限公司提供担保。原告宏明公司向兴润达提供反担保，同时，被告刘跃龙出具担保函，同意为宏明公司此项反担保用其持有的在贝海公司投资额中的167万元股权向宏明公司承担反担保责任。因被告贝海公司没有归还银行到期借款及利息，兴润达代为偿还借款及利息。后原告宏明公司在替被告贝海公司偿还兴润达公司代偿的款项，取得担保追偿权，因两被告没有向原告履行支付义务，遂起诉要求两被告承担连带清偿责任。

【案件焦点】

刘跃龙出具担保函的内容是保证担保的意思表示还是股权质押的意思表示。

【法院裁判要旨】

四川省成都市成华区人民法院经审理认为：被告刘跃龙在其出具的《关于为成都宏明电子股份有限公司提供反担保的函》（以下简称《函》）中明确表示，以其持有的在贝海公司的167万股权向宏明公司承担反担保责任。现宏明公司在贝海公司无法履行还款义务的情况下，按照宏明公司与兴润达公司签订的反担保协议，向兴润达公司履行了贝海公司应履行的偿还义务，因此，宏明公司有权就该笔债务向贝海公司追偿。同时，为保障宏明公司追偿权的实现，被告刘跃龙又以出具《函》的形式对宏明公司的反担保提供了担保，是其真实意思表示，故刘跃龙对宏明公司的反担保提供的担保有效成立。虽被告刘跃龙在《函》中对于保证的方式没有明确约定，但因其明确表示以其在贝海四川省公司的167万元股权进行反担保，因此，应认定被告刘跃龙对该笔债务按照连带责任保证承担保证责任。

成都市成华区人民法院依照《中华人民共和国担保法》第四条、第六条、第十六条、第十九条、第二十条、第三十一条之规定，作出如下判决：

一、被告贝海公司已由原告宏明公司代偿的借款本金、利息等共计5430934元归还给原告宏明公司，同时承担债务的资金利息；

二、被告刘跃龙对上述给付内容在持有的被告成都贝海商贸发展有限公司167万元股权价值范围内承担连带清偿责任。

刘跃龙提起上诉。四川省成都市中级人民法院经审理认为：

2009年6月9日，成都宏明电子作为贝海商贸股东之一向兴润达公司发出《提供反担保函》为案涉500万元贷款向兴润达公司提供担保，该行为系成都宏明电子的真实意思表示，且为此向兴润达公司承担了担保责任。作为贝海商贸股东之一的刘跃龙于2009年6月12日，向成都宏明电子发出担保函，表示就贝海商贸的借款向反担保人成都宏明电子提供担保，该函系刘跃龙的真实意思表示，且被成都宏明电子接受，该担保未违反相关法律规定，担保关系成立。从该函载明的“……我本人同意为成都宏明电子此项反担保用我本人持有的在贝海商贸投资额中的壹佰陆拾柒万元股权向贵公司承担反担保责任”内容看，刘跃龙提供的担保为其持有的贝海商贸价值167万元的股权。根据《中华人民共和国物权法》第226条“……以其他

股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立”，因此，质权并未设立。成都宏明电子要求刘跃龙和贝海商贸共同承担543万元及利息的诉讼请求不能成立。对上诉人刘跃龙要求其不承担担保责任的主张予以支持。

四川省成都市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项之规定，作出如下判决：

一、维持成都市成华区人民法院（2011）成华民初字第2850号民事判决第一项即“被告贝海公司已由原告宏明公司代偿的借款本金、利息等共计5430934元归还给原告宏明公司，同时承担债务的资金利息。”

二、撤销成都市成华区人民法院（2011）成华民初字第2850号民事判决第二项即“被告刘跃龙对上述给付内容在持有的被告成都贝海商贸发展有限公司167万元股权价值范围内承担连带清偿责任。”

三 、驳回成都宏明电子股份有限公司的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对刘跃龙出具的担保函内容性质的界定。对于反担保，《担保法》第四条规定，第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法担保的规定。《担保法》司法解释第二条规定，反担保人可以是债务人，也可以是债务人之外的其他人。反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。结合本案，被告刘跃龙出具的《函》符合担保法中关于反担保的规定，并且其出具的《函》是真实意思表示，应当认定为反担保。

尽管刘跃龙在《函》中表示以其在贝海公司的股权对宏明公司承担反担保责任，但因股权的特殊性，对刘跃龙究竟应在多大程度上承担民事责任仍有争议。《公司法》第三条第二款规定“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任……。”第四条规定“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”即公司股东出资后不再享有对出资财产的所有权，转而享有资产收益、参与重大决策和选择管理等股东权利。公司的股东以自己的出资股权额度为限向第三人提供担保，需要依照《物权法》第二百二十六条第一款的规定，以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。现在刘跃龙虽然出具

反担保函系真实意思表示，但是没有按照法律的规定办理股权登记，应当认定股权质押没有设立，因此成都宏明电子要求刘跃龙承担担保责任不具有法律和事实的基础，因此其要求刘跃龙承担担保责任的请求不应成立。一审法院认定刘跃龙出具的反担保函性质为保证，要求刘跃龙在股权价值范围内承担担保责任，存在一定的合理性，但是在《物权法》明文规定的情况下，应当依照特别法优于一般法的原则，适用特殊法对本案涉及的反担保行为性质进行定性和归责。从此角度看，一审法院在法律适用方面存在瑕疵。

编写人：四川省成都市成华区人民法院　彭有志

60

动产质权的成立及善意取得

——中信银行股份有限公司东莞分行诉东莞市定佳针织服装有限公司等金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省东莞市第一人民法院（2011）东一法民二初字第2928号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告：中信银行股份有限公司东莞分行（以下简称中信银行）

被告：东莞市定佳针织服装有限公司（以下简称定佳公司）、韩浩林、游凤兰

【基本案情】

2011年5月9日，原告中信银行与被告定佳公司签订了《综合授信额度》、《最高额动产质押合同》，约定被告定佳公司以其厂区内的一批原材料及成品质押给原告中信银行，为银行提供的最高额度为3000万元的贷款进行质押担保。为了保证合同的履行，原告中信银行、被告定佳公司与银行指定的质物监管人——东莞

市南信实业发展有限公司（以下简称南信公司）三方共同签订一份《动产质押监管协议》。根据该协议的约定，定佳公司将其享有所有权的货物出质给中信银行，中信银行、定佳公司共同委托监管人对质物进行存储监管。协议约定，定佳公司保证享有质物的所有权和完全的处分权，并向原告和监管人提交相关的权属和品质证明文件。质物设立质押时，原告、定佳公司双方向监管人发出《首次出质通知书》，将质物及设立质押的事实通知监管人，监管人验收货物无误后会同定佳公司共同签发《质物清单》予以确认。自监管人签发《质物清单》之日起，质物移交至原告，由监管人代理原告占有质物，并按照本协议的规定履行监管责任。在监管期间，监管人的职责：应按照合同及相关法律规定妥善、谨慎处理监管的质物；应不定期或应原告要求向原告报送质押物价格、出质人生产经营情况以及其他可能影响质权人行使质权的数据；应接受原告对质物的勘验、检查、查询；应按照原告的书面指示和本协议的约定给定佳公司提货或换货，或直接办理原告对质物的提货；应当在原告享有质权的质物上明显标识原告的标签或指示。根据协议的约定，监管人在定佳公司厂区内的生产车间、仓库张贴有“中信银行动产质押监管标识”，上标明出质人、质权人和监管人。

同日，被告定佳公司与监管人南信公司签订了一份《租赁仓库合同书》，约定定佳公司将位于东莞市寮步镇药勒村厂房的仓库租赁给监管人使用，租赁面积为5000平方米，租赁的仓库仅限于存放定佳公司的质押物，监管人每月向定佳公司支付租金人民币1元。同日，定佳公司还向原告出具一份《承诺函》，承诺将位于定佳公司厂区内的自有仓库（或经营场所）完全由原告指定的监管人单独控制和使用，用于仓储定佳公司出质给原告的质物，直至定佳公司清偿完毕债务时止。2011年5月16日，中信银行为定佳公司出具了金额为2000万元的承兑汇票。2011年6月7日，定佳公司的经营者韩浩林欠薪逃匿，本院依据中信银行的申请，查封了定佳公司厂区内的机器设备、服装成品、半成品、原材料等。遂后，中信银行诉至法院，要求被告定佳公司支付借款本息；要求确认原告对质物享有优先受偿权。诉讼过程中，第三人超捷织造（深圳）有限公司（以下简称超捷公司）对本案质押的效力提出异议，并主张对其中一部分的质物享有所有权。

【案件焦点】

本案争议的焦点是案涉动产质权是否成立和原告是否有权行使质权。

【法院裁判要旨】

广东省东莞市第一人民法院经审理认为：本案争议的焦点是案涉动产质权是否成立和原告是否有权行使质权的问题。

首先，本案的动产质权是否成立的问题。法院认为，第一，根据我国《担保法》的规定，动产质押是债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。在本案的动产质押中，原告对质物的占有采取了变通的方式，即由原告委托监管人对质物进行仓储、监管，并随时向原告报告，保证原告可以及时知晓质物的现状，原告正是通过监管人的监管行为来实现其对质物的实际掌控；第二，在民法上，出质人提供的质物（原材料、成品、半成品等）一般属于种类物，种类物的特点是可替代性，只要监管人掌控质物的数量和质量，即使仓库内的质物保持流动，原告也能实现对质物的实际控制。因此，从构成要件来说，本案的质权已经成立。

其次，原告是否有权行使质权，下文针对有争议的财产和无争议的财产，即对第三人超捷公司已取走的货物和本院2011年8月26日现场查封清单所列财产分别论述：关于有争议的财产，本院生效裁判文书（2011）东一法民二财保复字第5号民事裁定已认定超捷公司对该批服装、原材料和辅料享有所有权。原告能否以善意取得为由主张对该批服装、原材料和辅料享有优先受偿权？法院认为，由于被告定佳公司仍在该厂房内继续开展正常生产经营活动，仓库内的物品一直处于不断流动变化的状态，质物的内容也因此处于一种不确定的状态，原告通过监管人也是知悉这一情况的。因此，原告能否善意取得定佳公司无处分权的服装、原材料和辅料的质权，其善意的要求应相对较为严格，也就是说对于原被告签订质押合同中确定的质物内容后新进出被告定佳公司厂房内的服装、原材料和原料等物品，原告应尽到必要的、严格的审查义务，核实被告定佳公司对进入仓库的服装、原材料和辅料等是否享有权属或者是否得到权属人同意其质押的授权。如果原告已尽到这方面的义务，但由于客观原因无法查实其权属的，可以认定其构成善意取得，否则不构成善意取得。由于原告无证据证明其已对第三人超捷公司的服装及原材料尽到了上述的审查义务，因此，法院认为原告对第三人超捷公司的服装及原材料的质权不构成善

意取得，原告主张对第三人超捷公司的服装、原材料享有质权，理由不充分，法院不予支持。

而对于无争议的财产，即本院2011年8月26日现场查封清单所列财产，原告通过委托监管人监管的方式，已完成了对质物的占有，该部分财产已设立质权，原告诉请对本院2011年8月26日已查封的位于定佳公司仓库内的财产享有优先受偿权，应予以支持。

广东省东莞市第一人民法院据此判决：一、被告东莞市定佳针织服装有限公司应当于本判决发生法律效力后七日内向原告中信银行股份有限公司东莞分行支付银行承兑汇票票款人民币9910571.03元及罚息（暂计至2012年6月19日，罚息为人民币1059582.08元，2012年6月20日起的罚息以9910571.03元为基数，按日利率0.05%计至实际清偿之日止）。二、原告中信银行股份有限公司东莞分行对被告东莞市定佳针织服装有限公司提供的位于东莞市定佳针织服装有限公司厂区内的涤纶、毛料及成品等质物（质物详见本院2011年8月26日所查封财产清单）享有质权，对其拍卖、变卖的价款享有优先受偿权。三、驳回原告其他的诉讼请求。宣判后，当事人未提出上诉，判决已发生法律效力。

【法官后语】

本案的动产质押担保方式主要涉及两个法律问题：第一，质权人在委托第三方监管质物的情况下，质权是否成立？第二，出质人无处分权的情况下，质权人能否以善意且质物已委托第三方监管为由，主张善意取得对抗质物的所有权人？

1. 案涉动产质权是否成立

根据我国《担保法》的规定，动产质押是债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。而本案的动产质押中，出质人提供的质物为企业的原材料、成品和半成品，质权人并不具备对质物进行占有和监管的场地、人力等条件，质权人对质物直接占有也不符合出质人融资需求的初衷，因此，本案原告对质物的占有采取了变通的方式。其操作模式是银行委托第三方（监管人）进驻生产现场，监管人按三方的约定租赁出质人的仓库，用于存放质权人、出质人委托其存储监管的质物，并按质权人的要求履行报告质物价格、出质人经营情况，为出质人提货或者换货，在仓库、生产车间外张贴“质押标示”等职责。质权人正是通过

监管人的监管行为来实现对质物的掌控；另一方面，从质物的属性来看，在民法上，出质人提供的质物（原材料、成品、半成品等）一般属于种类物，所谓种类物，是指具有共同特征，用品种、数量、质量规格可加以确定的物。种类物的上述特点决定了质物的可替代性，只要数量和质量能够为质权人确定和控制，即可视为质权人获得了对质物的占有，因此，只要监管人掌控质物的数量和质量，即使仓库内的存货保持流动，原告也能实现对质物的实际控制。因此，本案原告通过委托监管人以租赁出质人仓库作为质物存放场所并对仓库进行掌控的方式来完成交付、占有，从构成要件来说质权已经成立。这种变通的质押方式，虽然《担保法》没明确规定，但从最高院鼓励金融创新的文件精神，在不违反法律的情况下，应该予以支持。

2. 动产质权的善意取得问题

善意取得是指善意第三人从无权处分人处，经由无权处分人的处分行为，而有偿取得该物权的制度。作为善意取得制度之重要表现的动产质权的善意取得，与动产所有权善意取得一样，存在质权人和动产所有人两个主体利益的冲突和两种价值的选择。如果肯定质权的善意取得，就会使所有人的权益置于风险之中；如果否定质权的善意取得，则会造成质权的不安全。所有权和质权互相排斥，法律只能选择一种价值。

在常态下，动产出质人设立质权，须对质物享有处分权，或为其所有权人，或为其经营管理者。但是在现代的市场交易中，基于租赁、仓储保管、运输、使用借贷、各种担保等诸多民事活动，物与主发生分离从而不被所有人实际控制的现象广泛存在。本案中，定佳公司交给中信银行占有的部分质物，其处分权非属出质人而归于根本无意为质权人提供质押担保的第三人超捷公司，而银行取得该质物的占有时根本不知情，此时就发生质权人对质权的善意取得问题，即质权人能否取得这一质物的质权，其质权是否有效，质物的真实权利人能否向质权人追索？笔者认为，质权的设定以占有为要件，并以占有为公示方式。本案原告中信银行对质物的占有采取变通的方式，即通过委托监管人（东莞市南信实业发展有限公司南城保税仓）以租赁出质人（被告定佳公司）仓库作为质物存放场所的方式来完成交付、占有，虽然这种方式也属于交付、占有的一种方式，但由于被告定佳公司仍在该厂房内继续开展正常生产经营活动，仓库内的物品一直处于不断流动变化的状态，质物的内

容也因此处于一种不确定的状态，原告通过监管人也是知悉这一情况的。因此，原告能否善意取得定佳公司无处分权的服装、半成品和辅料的质权，其善意的要求应相对较为严格，也就是说对于原被告签订质押合同中确定的质物内容后新进出被告定佳公司厂房内的服装、半成品和原料等物品，原告应尽到必要的、严格的审查义务，核实被告定佳公司对进入仓库的服装、半成品和原料等是否享有权属或者是否得到权属人同意其质押的授权。如果原告已尽到这方面的义务，但由于客观原因无法查实其权属的，可以认定其构成善意取得，否则不构成善意取得。由于原告无证据证明其已对第三人超捷公司的服装及原材料尽到了上述的审查义务，因此认定原告对第三人超捷公司的服装及原材料的质权不构成善意取得。

编写人：广东省东莞市第一人民法院　李少娟

61

保理合同中的质押行为是否有效

——中国工商银行股份有限公司北京石景山支行诉北京银丛之路服装销售有限公司、李叶洪金融借款合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第15343号民事判决书

2. 案由：金融借款合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：中国工商银行股份有限公司北京石景山支行（以下简称工行石景山支行）

被告（被上诉人）：北京银丛之路服装销售有限公司（以下简称银丛公司）、李叶洪

【基本案情】

2010年9月26日，工行石景山支行与银丛公司签订《国内保理业务合同》、《应收账款质押登记协议》，与李叶洪签订《最高额保证合同》。其中约定工行石景山支行向银丛公司提供最高额为300万元的保理融资；银丛公司以应收账款向工行石景山支行质押，李叶洪为保证人。

上述合同签订后，银丛公司将应收账款转让至工行石景山支行，工行石景山支行以借款方式先后多次为银丛公司融资777万元，购货方陆续支付应收账款，工行石景山支行以此获取保理融资本息。

2011年9月9日，工行石景山支行与银丛公司再次签订《借款借据》，约定工行石景山支行向银丛公司出借32万元，期限自2011年9月9日起至2012年1月6日止，利率为5.5917‰。同时签订《应收账款转让清单》，约定银丛公司将其与购货方之间形成的应收账款债权及相关权利转让给工行石景山支行，由工行石景山支行为银丛公司提供总额为32万元的保理融资，另附应收账款明细，应收账款发票实有金额共424475.44元。至今，工行石景山支行仍有26万元保理融资本金未收回。故诉至法院，要求银丛公司偿还拖欠本息，并要求对银丛公司质押的应收账款行使优先受偿权利，同时要求李叶洪承担连带保证责任。

【案件焦点】

工行石景山支行是否可以行使追索权，是否可以行使优先受偿权，是否可以要求李叶洪承担连带保证责任。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：工行石景山支行与银丛公司签订的《国内保理业务合同》、工行石景山支行与李叶洪签订的《最高额保证合同》系合同双方真实意思表示，且内容不违反法律、行政法规的强制性规定，属有效合同。工行石景山支行已按照约定向银丛公司履行保理融资义务，但至今仍有26万元保理融资本金未收回，工行石景山支行有权行使追索权，要求银丛公司回购应收账款，支付保理融资本息。银丛公司给付回购款后，享有对应收账款的所有权。李叶洪应依据《最高额保证合同》对此承担连带保证责任。依据《国内保理业务合同》，银丛公司已将应收债权转让与工行石景山支行，故应收账款的所有权人系工行石景山支

行，工行石景山支行在上述应收账款上另设立质权，缺少依据，其要求行使优先受偿权的诉讼请求不能成立。

北京市石景山区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条、《中华人民共和国担保法》第十四条、第十八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条之规定，作出如下判决：

一、被告北京银丛之路服装销售有限公司于本判决生效后十日内给付原告中国工商银行股份有限公司北京石景山支行回购款二十六万元；

二、被告北京银丛之路服装销售有限公司于本判决生效后十日内支付原告中国工商银行股份有限公司北京石景山支行利息、罚息、复利（以二十六万为本金，按《国内保理业务合同》约定计算，自二零一二年一月七日起计算至实际付款之日止）；

三、被告李叶洪对上述款项承担连带保证责任；

四、驳回原告中国工商银行股份有限公司北京石景山支行其他诉讼请求。

工行石景山支行持原审起诉意见提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理，认为一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

北京市第一中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

保理业务主要盛行于国际交易之中，通常做法为出口商将应收账款转让给保理商，保理商为出口商融资并提供担保。根据《国际保理公约》对保理（factoring）所下的定义以及国内保理合同的一般表述，保理核心业务主要涉及三方面当事人：保理商（通常为银行）、债权人（即供应商）和债务人（即购货方），债权人将其在未来一定时间段内由于向债务人销售商品、提供服务或其他原因所产生的应收账款转让给保理商，保理商为债权人提供融资及相关的综合性金融服务。

为了最大限度地保证提供保理融资的银行的利益，国内保理实践中常使用以下三种保障债权实现的特殊条款：一是约定银行对债务人在约定期间内不能足额偿付的应收账款享有向债权人的追索权；二是针对保理业务中银行向债权人的借款设定

第三人担保；三是在保理业务中同时设定质押条款，即债权人以应收账款债权向银行提供质押担保。前两款约定依据《民法通则》和《担保法》均具有较高的可实行性，但保理业务中设定的质押条款则在其效力问题上存在根本缺陷。

通说认为保理的本质是债权让与，即保理合同有效，则债权人对债务人的债权已经转让给保理商，经合法、合理通知债务人后，保理商成为该债权的实际所有权人。而依据《物权法》和《担保法》，质押担保有效需满足以下条件：一是出质物并非禁止转让；二是出质人对于质押标的享有合法的所有权或者使用权；三是履行交付或登记等法律规定的必要手续。

就本案而言，由于应收账款的所有权人已经变更为银行，银行不得就其所有的权利另行向自身设定质权，故银行就保理业务中的应收账款设定的质权无效，银行就该部分应收账款不享有优先受偿权。

由此可见，国内的保理融资业务仍不够成熟，银行在拓展保理金融服务的同时在保障自身权益充分实现方面仍有所欠缺。值得一提的是，2012 年 6 月 27 日商务部正式在天津滨海新区和上海浦东新区开展商业保理试点，设立商业保理公司，为企业提供贸易融资、销售分账户管理、客户资信调查与评估、应收账款管理与催收、信用风险担保等服务。这是我国对保理业务发展前景的一种肯定，也可以看出，保理业务的规范、统一管理已经纳入日程。

编写人：北京市石景山区人民法院　郭春瑞　张冬

62

质押担保合同中关于作价抵债的约定是否有效

——梁新诉肖海芳民间借贷案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省云浮市罗定市人民法院（2012）罗法民初字第 1167 号民事判决书

2. 案由：民间借贷纠纷

3. 当事人

原告：梁新

被告：肖海芳

【基本案情】

2009年9月14日，被告因做生意资金周转困难，向原告借款5000元，双方未约定借款利息。原告当日向被告交付借款后，被告立借据一张交原告收执，借据内容为："今借到梁新现金共伍仟元正（￥5000.00元正），定于2009年12月14日前一次性还清。此据。借款人：肖海芳。2009年9月14日。"借款到期后，被告未依合同约定归还借款。2010年9月16日，原告向被告催收借款，被告将一辆豪光125型摩托车交付给原告占有，为其借款担保，并立字据一张给原告收执，字据内容为："今有肖海芳自愿将豪光125型摩托车抵押给梁新，在9月22号前还款贰仟元。如过期不还，该摩托车按人民币作价伍佰元给梁新。此据。肖海芳2010年9月16日"。后被告逾期未还款，原告遂于2012年7月11日诉至罗定市人民法院，请求被告偿还借款本金4500元（将摩托车车作价抵减了500元）及从借款逾期还款之日即2010年9月23日起计至还清款日止按银行同期同类贷款利率给付的利息给原告。

【案件焦点】

本案的质押担保合同中关于作价抵债的约定是否有效。

【法院裁判要旨】

广东省浮市罗定市人民法院经审理认为：原、被告之间于2009年9月14日签订的民间借贷合同没有违反法律禁止性规定，合法有效，本院予以认定。

对于原、被告之间于2010年9月16日签订的担保合同，该合同约定的被告自愿将摩托车交付原告占有，其用于担保其债务的行为性质为质押担保，应予认定。依据《物权法》第二百一十一条的规定：质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。因此，该担保合同中关于"被告逾期未还款，则将摩托车作价500元，归原告所有"的约定违反了物权法的

相关禁止性规定，依法应为无效。故作价的500元债务应视为被告没有偿还，该摩托车仍属被告所有，但在被告未清偿债务前，原告仍可对该质押物继续保持占有。

综上，由于2010年9月16日原被告关于质押担保物的折价抵债约定已为本院依职权确认为无效，原告起诉请求判令被告偿还借款本金4500元及利息的诉讼请求并不能视为其放弃摩托车所作价的500元债权请求，被告应偿还借款本金5000元及从逾期之日起按银行同期同类贷款利率计付的利息给原告。依据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项、第五十六条、第六十条、第二百零七条、第二百一十一条，《中华人民共和国物权法》第二百一十一条，《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条的规定，判决如下：

一、确认原告梁新与被告肖海芳于2010年9月16日签订的担保合同中违反法律禁止性规定的内容部分无效。

二、限被告肖海芳在本判决发生法律效力之日起七日内偿还借款本金5000元及从2010年9月23日起至还清借款日止以本金5000元按银行同期同类贷款利率计付的利息给原告梁新。

【法官后语】

我国《物权法》第一百八十六条和第二百一十一条分别规定："抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有"、"质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有"，即担保法律关系中禁止流质抵押和禁止流质质押的条款。同时，《物权法》第一百九十五条第一款和第二百一十九条第二款规定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保权的情形，抵押权人/质权人可以与抵押人/质押人协议以抵押财产/质物"折价"而优先受偿。从上述规定看，担保法律关系中，流质抵押和流质质押与"折价"在内涵上有某些相近之处，但前者是我国《物权法》明确禁止的内容，后者则受到法律的保护，对二者的清晰界定是直接关系到准确认定担保合同效力的重要问题。

禁止流质抵押/质押的立法目的在于：第一，避免因担保合同中直接约定担保物的转移所有而导致国有财产未经估价而流失；第二，避免因急于借款而处于劣势

的债务人和担保人与债权人签订了不符合公平公正原则的担保条款。

从立法目的来看，流质抵押/质押应满足如下情形：第一，双方约定抵押物/质物转移所有的时间应在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保权的情形之前，通常是在签订担保合同之时；第二，双方只约定抵押物/质物的转移所有，未约定具体折抵多少债务。当事人之间的约定只要符合上述任何一项即属于流质抵押/质押的范畴，违反了法律的禁止性规定，相关约定无效。相反，如果当事人是在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保权的情形之后，另立合同约定了抵押物/质物具体折抵多少债务，则属于“折价”，合同有效，应受到《物权法》的保护。

本案中，原告梁新与被告肖海芳虽然约定了用于担保的摩托车在债务人逾期还款之日折抵500元债务，但是该内容是在2010年9月16日双方签订担保合同之时约定的，不属于债务人不履行到期债务后，双方协议折价的情形，故原告梁新与被告肖海芳该担保合同中关于流质质押的约定无效，梁新依法应返还质物，该500元债务视为没有偿还。当然，梁新亦可在本院判决之后，与被告肖海芳就相同质押内容再次进行约定，则该约定属于“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形”之后，是“折价”约定，约定有效。

编写人：广东省云浮市罗定市人民法院　张婷